

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA



SONIA MILENA LÓPEZ ROA

Cód.: 3500983

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

INVESTIGACION II

DR. FABIAN ANDRES ROJAS BONILLA

FACULTAD DE DERECHO

MAYO 2016

La responsabilidad de los servidores públicos en el desarrollo de la etapa precontractual del Estado

Sonia Milena López Roa¹

RESUMEN

La responsabilidad por la actividad contractual del Estado en la etapa previa a la celebración del negocio jurídico, ha tomado un gran auge generando múltiples estudios de carácter doctrinario y jurisprudencial, ante la precaria consagración legal establecida, enmarcada y desarrollada a partir de la cláusula general de responsabilidad del estado consagrada en el Art 90 de la norma superior.

El presente ensayo de carácter jurídico aborda desde distintos aspectos la responsabilidad del servidor público en la etapa precontractual partiendo de figuras jurídicas del derecho civil aplicadas a responsabilidad contractual estatal, resaltando las características de la etapa previa al contrato estatal para centrar el estudio en la responsabilidad de la administración pública y medios de control que la misma ha ejecutado en los posibles casos presentados.

Teniendo como objetivo principal determinar el alcance de la responsabilidad de la administración pública por las actuaciones, omisiones o extralimitaciones de sus servidores públicos en la etapa precontractual.

Así las cosas, se pretende dar un panorama sobre las intervenciones que las entidades estatales realizan en el momento de ocasionarse un posible daño generado por las indebidas actuaciones de los servidores públicos encargados de desarrollar los diferentes actos administrativos y actuaciones que se generen en la etapa previa a la celebración del contrato estatal.

Palabras claves: Servidor público, etapa previa, contrato estatal, acto administrativo, actuaciones, omisiones y administración pública

¹ Abogada Universidad La Gran Colombia, estudiante de especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, Asesora Jurídica de Arqubo Construcciones S.A.S y litigante, correo electrónico sonialopez22@hotmail.com.

Abstract

The responsibility for the contractual activity of the state for the previous step of the legal business celebration, has taken a big boom generating multiple studies doctrinaire and jurisprudence character, at the precarious legal consecration established, framed and developed from the general clause of responsibility of the state consecrated in the article 90 of the superior norm. The present essay of a legal character approached from different aspects, the responsibility of the public servant in the pre-contractual stage based on legal concepts of civil law applied to state contractual liability, highlighting the characteristics of the previous stage to state contract, to focus the study on the responsibility of public administration and control means, that it has executed in possible cases presented. Having as main objective to determine the scope of the responsibility of public administration for the actions, omissions or excesses of public servants in the pre-contractual stage. so, it is pretend to give an overview of the interventions that entities of the state made at the time that cause a possible damage generated by the improper actions of public servants in charge, to develop of the different administrative acts and actions generated in the previous step on conclusion of the state contract.

Keywords: Public servant, previous stage, state contract, administrative act, acts, omissions and public administration.

Introducción

Dentro del presente ensayo se busca establecer la configuración de la responsabilidad precontractual por parte de la administración pública cuando se cause daño a los proponentes durante la etapa precontractual, así mismo determinar si existen medidas de control que logren minimizar la materialización del riesgo frente a las acciones u omisiones de los servidores públicos como sujeto de la contratación de la etapa precontractual.

En este orden de ideas, es menester indicar que se abarcará la cláusula general de responsabilidad, el daño y el nexo causal, y posteriormente los antecedentes históricos del régimen contractual en Colombia, los fines y principios de la contratación estatal, las etapas contractuales y finalmente los tipos de responsabilidad enmarcada en el tema estatal.

Así las cosas, en el desarrollo del escrito se resolverá el siguiente cuestionamiento ¿Cuál es la responsabilidad de la administración pública por la acción u omisión de los servidores públicos que intervienen en las etapas previas a la celebración del contrato estatal?

La responsabilidad estatal en la etapa precontractual

A través del tiempo las personas han necesitado la regulación o reglamentación de los comportamientos que se deben tener para el correcto desarrollo de la sociedad, es por ello que los diversos sistemas políticos, sociales y económicos, han creado normas que faciliten de alguna manera el control en las actuaciones, en el caso particular de las ejercidas por el Estado pero que tienen un tinte del derecho privado, es decir, que en materia de responsabilidad es necesario recalcar las reglas fijadas por el derecho privado, en la medida en que desde sus orígenes en el derecho romano vinculado al concepto “*nexum*” como la forma de supeditar al que incumplía una sanción más concretamente la responsabilidad contractual que responde al pensamiento justiniano que aprecia la conducta subjetiva del deudor relacionado con el incumplimiento. Posteriormente en la edad media aparece el llamado criterio de la trinidad de las culpas entre las cuales se encuentran la grave, leve y levísima, que son aplicadas a los negocios contractuales, lo que generó dos posiciones a saber: la primera tiene íntima relación la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación que provenga de un contrato previamente celebrado, perfeccionado y legalizado, y la segunda es la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento se ocasiona no solamente en el contrato sino en una obligación derivada de la ley.

Ahora bien, es necesario resaltar el concepto básico que se tiene de responsabilidad desde la perspectiva del derecho civil, como “*la consecuencia jurídica, en virtud de la cual quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a los terceros*” (Jaramillo, 1999, pág. 12).

En este orden de ideas, el principio general de la responsabilidad se encuentra enmarcado en el artículo 2341 del código civil colombiano así “*Responsabilidad Extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”, así las cosas la culpa es utilizada en materia extracontractual como contractual expresando un juicio de valor respecto

a la conducta concreta que es reprochada, la culpa aquí resulta residual ya que tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual se aplican primariamente normas indemnizatorias especiales.

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

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

El perjuicio en la responsabilidad civil contractual está compuesto por dos elementos vitales como son: en primera medida que exista un contrato valido, y en segundo lugar la violación al cumplimiento del contrato, surgiendo de lo anterior tres requisitos para la responsabilidad civil contractual el perjuicio, la culpa contractual, y el nexo causal entre la culpa y el perjuicio.

El Consejo de Estado ha establecido una diferencia entre el perjuicio y el daño, definiendo el primero como el detrimento generado con el paso del tiempo, mientras que el daño es una vulneración generada y que con el tiempo tiene a volverse más gravosa.

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

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

La culpa en la responsabilidad contractual del Estado.

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

Según expresa Pantoja (2010)

“Las diferencias en la responsabilidad en el derecho civil y en la responsabilidad contractual del Estado, establece el contexto de la culpa, como una división tripartita que ha sido acogida en nuestro código civil. Además se expone, lo referente al principio general de la responsabilidad, indicando las críticas realizadas en la actualidad a esta materia (p. 4)”

Generando una división clara de los tipos de culpa a lo que están expuestos los intervinientes en el proceso que llevan a cabo las entidades estatales para su respectiva contratación.

Relación de causalidad

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

Para el caso en particular, es transcendental manifestar que la responsabilidad contractual del Estado en el derecho colombiano tiene como finalidad el respeto al patrimonio público y el cumplimiento a los fines del Estado y la limitación a la autonomía de la voluntad dentro del contrato estatal; lo que trae implicaciones de tipo penal, civil y disciplinaria para todos aquellos que intervienen en la actividad

contractual, la responsabilidad en materia contractual se encuentra establecida como principio en el Art 26 de la ley 80 de 1993. Teniendo como pilar fundamental el Art 90 de la norma superior. y desarrollado en los artículos 50 a 59 y 62 al 67.

Aunado a lo anterior, la cláusula general de responsabilidad establecida en el Art 90 de la carta política, abarca la responsabilidad patrimonial del estado y las distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas incluyendo la responsabilidad contractual siendo fuente principal de este concepto el daño antijurídico.

De esta manera, los cambios normativos y jurisprudenciales en la responsabilidad contractual del Estado han generado transformaciones que han permitido fijar sanciones y medidas, las cuales si bien es cierto pertenecen al derecho privado no son suficientes para satisfacer las necesidades surgidas en el derecho público colombiano.

En este orden de ideas, el nexo causal se refiere al vínculo que existe entre la conducta de un sujeto y el resultado imputable a este, relación causa-efecto, definido como “la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado” (Patiño, 2008, pág. 28).

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

Régimen contractual en Colombia

Antecedentes históricos

Inicialmente la figura del contrato fue un instrumento al servicio de los particulares, que se regía por las normas del derecho civil y del cual hizo uso la administración

pública para garantizar la satisfacción de necesidades a sus habitantes, sin que se aplicaran normas de naturaleza diferente.

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

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

Consecutivamente a las reformas que existieron, aparece la etapa del Decreto 222 de 1983, que fue proferido con base en las facultades que le confirió el Congreso al Ejecutivo mediante la ley 19 de 1982. En esencia no hizo grandes cambios frente al anterior estatuto, consagró los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral que en determinadas situaciones podía ejercer la Administración, lo que constituyó la principal innovación.

En este orden de ideas, cabe resaltar que para los funcionarios públicos, litigantes y concedores del tema en general denominaron al Decreto 222 como un régimen de contratación moderno, sin embargo tuvo una crítica contundente en cuanto a que de conformidad con su desarrollo propiciando ambientes de corrupción causado por el excesivo reglamentarismo, la simulación del contrato y las múltiples instancias de control y revisión que fueron aprovechadas por los servidores públicos y los contratistas en un sin número de ocasiones para retardar, no terminar y sobre costear obras, bienes o servicios contratados con recursos públicos.

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

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

- El Decreto 679 de 1994 que se refiere al alcance de diferentes aspectos de la ley.
- El Decreto 855 de 1994 relacionado con la contratación directa.
- El Decreto 856 de 1994 sobre el Registro de Proponentes.
- El Decreto 1985 de 1994 sobre delegación.
- El Decreto 287 de 1996 que precisa algunos conceptos de la Ley 80 de 1993.
- El Decreto 92 de 1994, que reglamenta la calificación y clasificación en el Registro Único de Proponentes y deroga el 1584 de 1994.

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

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

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

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

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

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

En el 2011 de igual forma mediante el Decreto ley 4170 se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como entidad encargada de articular y organizar a todos los actores en la contratación,

concentrando, controlando y administrando los procesos de contratación pública, acorde con los principios de transparencia y publicidad.

En la actualidad, el cuerpo normativo que regula la actividad contractual incluida la etapa de planeación, la precontractual, la contractual y la post-contractual está conformado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, decreto 1082 de 2015 y demás normas que la reglamentan, la contratación pública en Colombia.

Fines de la contratación estatal

Conforme el artículo 3 de la Ley 80 de 1993:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”

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

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

“Los contratistas de la administración se convierten en colaboradores del Estado, puesto que dada la cantidad y complejidad de las necesidades que debe atender no le es posible el cumplimiento de las mismas con su personal, por ello a través de los contratos estatales se busca la ejecución de los recursos públicos para cumplir con los requerimientos que los asociados demandan” (Gómez Lee, Contratación visible. Manual para un buen control de recursos de la Contratación Pública, 2011, p 38).

Principios de la contratación estatal

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dice:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

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

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

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

Principio de transparencia:

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

Principio de planeación:

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

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

Principio de Economía:

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

Cuando hablamos del principio de economía frente a la inversión de dineros públicos en la contratación estatal, se genera una obligación en términos sociales de que ellos se utilicen de la mejor forma posible y se evite el despilfarro de los mismos. Es obligación de los servidores públicos proteger el patrimonio estatal siempre buscando la mejor relación costo/beneficio.

Principio de responsabilidad

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

Ahora bien, al ser la contratación del Estado una herramienta a través de la cual se cumplen cometidos esenciales, es importante determinar cuáles de las personas que intervienen en esta relación Estado - Contratista, deben ser considerados gestores fiscales y como tal, sujetos de responsabilidad fiscal (

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

Principio de Publicidad:

Este principio tiene la finalidad de procurar la pluralidad de proponentes, esto es que haya un número mayor de interesados en hacer ofrecimientos y contratar con el Estado. Las Entidades que contratan en el Estado tienen la obligación de hacer públicos los documentos que forman el expediente contractual desde los estudios previos hasta la liquidación del contrato, con ello se quiere significar que toda

actuación relacionada con los procesos contractuales debe ser pública, de conformidad a la Ley 1712 de 2014 – Ley de Transparencia – y normas reglamentarias vigentes.

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

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

Con respecto a la publicidad del proyecto de pliego de condiciones en el caso de la licitación pública debe hacerse cuando menos diez (10) días, para el concurso de méritos cinco (5) días hábiles antes de la fecha del acto que ordena su apertura. En el concurso de méritos si la entidad estatal opta por el concurso de méritos con precalificación convocará a los interesados por medio de un Aviso publicado en el SECOP conforme con las exigencias del art. 2.2.1.2.1.3.4 del decreto 1082 de 2015 y en el evento que haya que modificarse se hará mediante otro aviso, pero antes que se expidan pliegos definitivos, ya que una vez expedido los pliegos definitivos no hay lugar a modificación alguna.

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

Principio del debido proceso:

Conforme el sentido que se imprimió desde la Constitución de 1991 y que se reprodujo en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, hoy subrogado por el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, las entidades públicas en su condición de contratantes garantizarán que en toda actuación relacionada con la actividad contractual se dé

cumplimiento y se propenda por el respeto al debido proceso, lo cual se logra cuando se permite conocer y controvertir las decisiones de la administración.

“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal, esto nos indica que no puede rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el pliego de condiciones. Señala la Ley que tales requisitos o documentos que no otorguen puntaje pueden ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación”. (Conrado Imitola, 2014, p.102).

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

Etapas del proceso contractual

Existen dentro del proceso contractual etapas que están claramente definidas, en primer lugar está la planeación de la contratación estatal, luego va la etapa precontractual, que es la que nos ocupa en este documento, en seguida la etapa contractual y finalmente la etapa post-contractual.

Etapas precontractual

Nace desde la publicación del pliego definitivo y va hasta el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta. Con el decreto 1082 de 2015 se identifica la etapa de planeación por fuera de la etapa precontractual, es decir se establece como una etapa más. En la etapa precontractual ya la entidad pública tiene que tener claro qué requiere, y así analiza la modalidad de selección de contratista a utilizar.

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

Las modificaciones al Pliego de condiciones se efectúan mediante adendas que deben publicarse en días hábiles entre las 7:00 a.m. y 7:00 p.m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas, excepto en la licitación que debe hacerse hasta tres (3) días antes de la fecha prevista para cierre. (Decreto 1082 de 2015. Art. 2.2.1.1.2.2.1).

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

Ahora bien, el Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha manifestado que los actos preparatorios del contrato, son aquellas decisiones unilaterales de la administración, así las cosas, actos preparatorios que dan vida al contrato estatal, corresponden a actuaciones autónomas de la administración las cuales contienen decisiones, pero que si esas decisiones son contrarias a los ordenamientos legales y desconocen derechos y garantías de los administrados, estos pueden acudir a las vías judiciales en solicitud se les restablezca el derecho y en el peor de los casos se les repare el daño causado.

Por lo anterior, es menester indicar los principales actos que se ejecutan antes de la celebración del contrato en las diferentes modalidades de contratación tales como la licitación pública, la selección abreviada, contratación directa y el concurso de méritos, son:

1. Acto de apertura al proceso.
2. Pliego de condiciones
3. Acto de adjudicación.
4. Acto que revoca la adjudicación.
5. Acto que declara desierto el proceso.

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

Igualmente, dentro de las conductas desplegadas por los servidores públicos que pueden generar responsabilidad en la etapa precontractual se encuentran: Ausencia del principio de legalidad en el acto de adjudicación o de declaratoria desierta, consistente en el desconocer los criterios y reglas fijadas en el pliego de condiciones para la evaluación de los oferentes, y en la normas vigentes (Penal - Disciplinaria), la elegibilidad del contratista sin tener en cuenta los criterios de elegibilidad. (Penal –Disciplinaria), cuando las entidades públicas se excusan en razones de orden público o en factores no incluidos en los pliegos de condiciones para adjudicar o declarar desierto el proceso contractual. (Penal, Disciplinaria – fiscal), prestación del servicio a la entidad pública sin el soporte contractual (contrato), cuando la administración ordena la prestación de un servicio sin contar con un contrato que lo respalde. (Disciplinaria- Penal), incumplimiento de la solemnidad de la contratación. (Disciplinaria-Penal), ausencia de los requisitos de perfeccionamiento. (Disciplinaria – Penal), falta de registro presupuestal. (Disciplinaria - Penal – Fiscal), celebración de contratos e inicio de actividad contractuales, realización de actividades no contempladas en el objeto del contrato que no son cubiertas por el presupuesto asignado al contrato como las llamadas mayores cantidades de obra sin respaldo presupuestal o cuando éste resulta ser insuficiente para cubrirlo en su totalidad.

En este sentido, es preciso señalar que las clases de responsabilidades en las cuales se pueden ver inmersos los servidores públicos son de tipo penal, disciplinaria y pecuniaria, estas se pueden presentarse en cada caso en su totalidad o dos de ellas a la vez, por lo cual “las responsabilidades penal y disciplinaria no se excluyen una a la otra y que, por lo tanto, un mismo hecho

puede motivar la aplicación de sanciones penales y disciplinarias” (Rico, 2009, pág. 1033).

Así las cosas, la responsabilidad de tipo penal se genera cuando “el funcionario ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal; entre ellas podemos mencionar: el peculado, la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencia, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, los abusos de autoridad y otras infracciones” (Rico, 2009, pág. 548).

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria está identificada como aquella que “afecta directamente la imagen del funcionario, su investidura. En este tipo de responsabilidad se enmarcan las conductas que si bien no constituyen delito, perturban el cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a la persona y cuya sanción depende de la gravedad de la falta” (Palacio, 2010, pág. 550).

Finalmente, la responsabilidad de tipo fiscal se genera cuando el Estado persigue el resarcimiento del daño causado, “se sigue contra el funcionario con la finalidad de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa en su gestión fiscal, es decir, en el manejo o administración de los recursos públicos a su cargo” (Palacio, 2010, pág. 553).

Conclusiones

De conformidad a los anteriores planteamientos, es claro que la responsabilidad contractual del Estado ha tenido una evolución progresista, pero conservando siempre los principios fundamentales del derecho civil.

Continuando su evolución doctrinaria y jurisprudencial, se ha tratado de caracterizar introduciendo elementos propios de la responsabilidad administrativa, pasando desde la irresponsabilidad absoluta del Estado hasta llegar a la cláusula

general de responsabilidad del Estado (Art 90 Constitución Política), en donde se enmarca tanto la responsabilidad extracontractual como contractual.

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

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

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

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

El artículo 6 de la Constitución Política Colombiana, es la norma base que sujeta al funcionario público como depositario de autoridad al cumplimiento de los deberes que la ley le impone y no puede arrogarse facultades por fuera de ella, de

allí nace la obligación de reparar el daño que por acción o por omisión se cause al particular interesado en establecer relación contractual con la administración.

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

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

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

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

Bibliografía

- Arias Henao Diana Patricia. Arias Henao Humberto Enrique (2011). *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería*. Tecnura Vol. 16 No.32 p. 118-143. Abril-Junio 2012.
- Conrado Imitola Roque Luis (2014). *Los Principios en la Contratación Estatal. Aspectos Constitucionales, Legales y Jurisprudenciales*. Editorial Ibáñez.
- Didier Morales Restrepo (2014.). *Régimen de la contratación estatal*. Vigésima tercera edición, Editorial Leyer.
- Atehortua, R., Carlos Alberto-Hernández Alier E., Ospina, M. Jesús Marino. (2010). Biblioteca Jurídica DIKE . *Temas en Contratos Estatales*.
- Palacio, H. Juan Angel. (2010). Librería Jurídica Sánchez. *La Contratación de las entidades estatales*.
- Ramos, A. Amparo-Ramos A. Jairo, (2014). Grupo Editorial Ibañez. Medellín. *Contratación Estatal Teoría General y especial*.
- Tamayo J. Javier. (2010). editorial doctrina y ley ltda. *Tratado de Responsabilidad Civil extracontractual y la contractual*.
- Yong, S. Samuel (2013). Grupo Editorial Ibañez. *El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación*.
- García, Rubio María Paz-Otero Crespo Martha. (2010). Artículo publicado en la Revista para el análisis del derecho INDRET. Universidad de Santiago de

Compostela-Barcelona. *La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo.*

- Sandoval, J. (2015). Responsabilidad del servidor público frente al fraccionamiento en la contratación estatal.
- Rivera Castro, L. F. (2014). Objetivación de la responsabilidad disciplinaria de los jefes y representantes legales de las Entidades estatales en el marco de la delegación en materia contractual pública.
- Caviedes Devia, J. E. (2010). La responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual: actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales.
- Rico, Luis Alfonso. (2009). Leyer Editorial. *Teoría general y práctica de la contratación estatal.*
- Patiño, Héctor. (2008). Responsabilidad extracontractual y causal de exoneración: Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Archivo electrónico: <http://portal.uexternado.edu.co.../revista Derecho Privado/rdp1>.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, 14 de abril de 2010. Radicación N° 25000-23-31-000-1993-09448-01.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, 15 de febrero de 2012. Radicación N° 66001-23-31-000-1999-00551-01.