

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

**Eventos generadores de daños antijurídicos para el contratista en la etapa
precontractual del Estado en Colombia**

Natalie Vanessa Ayala Hernández *

*Estudiante de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Quien se encuentra optando a su título de abogado, trabajo de grado como resultado del diplomado en Contratación Estatal del año 2018
email:u0601679@unimilitar.edu.co

Resumen

En el presente ensayo se abordan las tres etapas de la contratación estatal, haciendo énfasis en la etapa precontractual, en la cual comienza el proceso de la contratación. Dentro del estudio de dicha etapa se observará la importancia de los estudios previos y los requisitos para comenzar el curso de este proceso. Igualmente se habla del acuerdo de voluntades dentro de esta etapa, en donde no se consolida una obligación jurídica pero que dicho ánimo de querer formar un negocio basta para tenerse en cuenta como palabra dada.

Seguidamente se abordan los principios en los que se basa la contratación estatal, como el de buena fe y sus alcances, donde se hace diferencia de la buena fe subjetiva, que hace referencia a la intención del individuo, y la buena fe objetiva, que se evidencia en el comportamiento del individuo socialmente. Dicho principio se vuelve regla general en la precontractualidad, toda vez que este protege a los oferentes del arbitrio que pueda tener la administración.

El anterior se encuentra protegido por la confianza legítima que tienen las partes entre sí para que no se vean vulneradas sus expectativas. Como último tema se trata la reparación integral, como medida para resarcir los perjuicios causados a las partes, que aun cuando estas no cuentan con un contrato estipulado o la adjudicación, si alguna parte (administración o proponente) incumple o no se adjudica el contrato a quien tenía la mayor expectativa, por irregularidades demostrables en la selección, la parte que incurra en la falta está obligada a indemnizar los daños causados a la otra. Finalmente se añade una breve conclusión a los temas tratados y se responde el problema de investigación

Palabras Clave

Etapa precontractual, buena fe, reparación integral, contratación estatal, confianza legítima

Summary

In this essay, the three stages of state contracting are addressed, emphasizing the pre-contractual stage, in which the hiring process begins. Within the study of this stage will be observed the importance of previous studies and the requirements to start the course of this process. It also talks about the agreement of wills within this stage, which does not consolidate a legal obligation but that the intention of wanting to form a business is enough to be taken into account as a given word.

Next, the principles on which government contracting is based, such as good faith and its scope, are treated, where a difference is made between subjective good faith, which refers to the individual's intention, and objective good faith, which evidence in the behavior of the individual socially. This principle becomes the general rule in pre-contractuality, since it protects bidders from the arbitration that the administration may have.

The previous one is protected by the legitimate trust that the parties have with each other so that their expectations are not violated. As a final issue, integral reparation is treated as a measure to compensate the damages caused to the parties, even when they do not have a stipulated contract or the award, if any party (administration or proponent) fails or fails to award the contract to who had the highest expectation, for demonstrable irregularities in the selection, the party that incurs the fault is obliged to compensate the damages caused to the other. Finally, a brief conclusion is added to the topics discussed and the research problem is answered.

Keywords

Pre-contractual stage, good faith, integral reparation, state contracting, legitimate trust

Contenido

Palabras Clave	3
Keywords	4
Introducción	5
Formulación del Problema	6
Objetivo general.....	6
Objetivos Específicos	6
Etapas de la contratación estatal	6
Etapa precontractual	6
Acuerdo de Voluntades en la etapa pre-contractual.....	9
Principio de Buena fe y alcances	10
Buena fe subjetiva	11
Buena fe objetiva	11
Garantía de seriedad en la oferta.....	14
Confianza legítima.....	17
Reparación de daños antijurídicos.....	19
Interés negativo.....	21
Daños al contratista reconocidos por el consejo de Estado en la etapa precontractual	22

Conclusiones	23
Bibliografía	24

Introducción

El presente ensayo busca identificar los factores que generan daños y consecuencias dentro de la etapa precontractual, en la cual se desenvuelve el contratista que se encuentra a la expectativa de lograr suscribir un contrato.

Así mismo, se incluirá la importancia del principio de buena fe dentro de estos tratos preliminares, su común desconocimiento o inaplicabilidad y los tipos de buena fe existente y relevante para esta etapa.

De igual manera tratará la obligatoriedad e incluso arbitrariedad de incluir garantía de seriedad en las ofertas, como forma de proteger los intereses únicamente de la administración, dejando de lado la previa garantía de protección de la otra parte (el oferente) en el proceso de contratación y lo que dicha garantía ayuda en el detrimento del patrimonio de los oferentes no seleccionados para la adjudicación del contrato.

Finalmente, la reparación juega un papel de suma importancia ya que es con la cual las partes compensan los daños, perjuicios, pérdida de la expectativa e incluso un detrimento a su patrimonio, a causa de la no adjudicación de un contrato por factores subjetivos.

Formulación del Problema

¿Cuáles son los factores que pueden causar daños al proponente en el período precontractual en el marco de la formación del contrato estatal en Colombia?

Objetivo general

Identificar los factores generadores de daños antijurídicos que afectan al proponente en la etapa precontractual, y su relevancia para el proceso de la contratación estatal en Colombia.

Objetivos Específicos

1. Delimitar la importancia de la etapa precontractual y sus características
2. Determinar la aplicación del principio de buena fe en la etapa precontractual.
3. Evidenciar la relevancia de la reparación cuando se presentan daños antijurídicos en el curso de la etapa precontractual.

Etapas de la contratación estatal

La contratación estatal se compone de tres etapas generales que, a su vez se componen de varios subtemas, las cuales tienen un orden secuencial, la primera de estas y sobre la cual se hará mayor énfasis en este trabajo es la etapa precontractual. La etapa contractual y la pos contractual.

Etapa precontractual

Es en la cual se enmarcan todas aquellas gestiones y actividades necesarias para la correcta planeación, identificación de necesidades, análisis y estudios previos y de sector necesarios para su debida y completa definición. En esta misma etapa se encuentran todas las gestiones y trámites administrativos necesarios para lograr el fin propuesto, entendido como el contrato estatal, a

través del cual se materializa la colaboración de los particulares o de las mismas entidades en la satisfacción del interés general (Presidencia de la Republica, 2016)

Uno de los temas principales dentro de dicha etapa es la planeación, en donde se identifican las necesidades, plazos en cada una de las etapas siguientes, cuantía y tipo de contrato por medio del cual se realizará la adquisición de productos o se solicitará la prestación de servicios, de ser este el caso. (Manual de contratación, 2016). Dicho principio de planeación se encuentra estipulado en el decreto 1082 de 2015 en su numeral 2.2.1.1.2.1.1, el cual establece los requisitos para la elaboración del pliego de condiciones y requerimientos de la entidad junto con sus exigencias para la selección del contratista.

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato.

Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo

Comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía. (Decreto 1082 de 2015)

En esta etapa, un factor complejo siempre es el análisis de los riesgos, ya que estos pueden variar la ejecución, resultados, costos, plazos y demás puntos pactados. Dicho análisis se realiza con ayuda del documento “Conpes 3714 de 2011” (Presidencia de la Republica, 2016). El cual indica que:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades Públicas deberán incluir en los procesos de selección, la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; y, generar un espacio de discusión del ejercicio realizado, para poder hacer la respectiva revisión con los particulares interesados en el proceso respectivo. Así mismo se debe encasillar de manera adecuada las características de la contratación y sus necesidades para no incurrir en riesgos aleatorios que se presume puedan suceder pero que en orden a lo dispuesto por el Conpes, se entiende que no en todos los contratos existen riesgos previsibles. (Conpes 3714 de 2001)

De esta forma una vez estudiados los riesgos y analizados de manera adecuada, estos deben ser publicados en el pliego de condiciones para que todos los proponentes tengan en cuenta la complejidad y demás situaciones dentro de la ejecución del contrato, como lo indica la ley 1150 de 2007 en su artículo 4.

Acuerdo de Voluntades en la etapa pre-contractual

El acuerdo de voluntades es uno de los elementos esenciales de todo contrato, Rodríguez Velarde (1995) sostiene que:

Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconocen la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación. Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido celebrar.

(Rodríguez Velarde, 1995)

Entonces en esta etapa precontractual “se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse” (Oviedo Jorge, 2008)

Como se puede entender el acuerdo de voluntades en etapas preliminares o precontractuales juega un papel bastante importante dentro de la negociación, toda vez que es el acuerdo de voluntades el que encamina la negociación a consumarse, para el caso en concreto lograr la adjudicación del contrato, y es en este acuerdo en donde las partes actúan bajo la buena fe entre sí, ya que en dicha etapa aún no se encuentran obligadas por un contrato, más sin embargo existe una garantía sobre la que se ampliara más adelante, pero de ellas esta cumplir con principios como el de la buena fe, del que se hablara en el acápite siguiente, para conseguir éxito.

Principio de Buena fe y alcances

El principio de buena fe, de forma general, es aquel que encontramos tanto moral, ético y legalmente en cada persona, es aquel que nos indica cómo debemos actuar, el deber ser, indica lo correcto o no en cada aspecto cotidiano. De igual forma pasa con las relaciones jurídicas, este existe en dichas relaciones de forma tal que las personas intervinientes deben obedecer al buen actuar para con la relación como para con la otra u otras personas dentro de ella, es decir, en un contrato ambas partes, sean estas singulares o plurales, personas jurídicas o naturales; deben acatar al deber ser relacionado con el contrato, la otra parte de este y sus fines, para que de esta forma ni la relación jurídica, ni las partes, fines o terceros dentro de dicha relación se vean afectados y cuenten con cooperación entre sí. (Cleves, 2007)

Así mismo “y como consecuencia de ello, este comportamiento legal y ético, núcleo del principio general de la buena fe, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos” (Romero, 1990).

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”. La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados

por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario. (Corte Constitucional, 2008)

Dicho principio se puede dividir en dos tipos, la buena fe subjetiva y la objetiva. La subjetiva no es más que la creencia de que la conducta propia no va en perjuicio de otros y la buena fe objetiva va encaminada a la creencia en la honradez de situaciones externas a nuestra buena fe, por ejemplo, el comercio. (Diez & De Leon, 1963)

Buena fe subjetiva

La buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no voluntario, cuya esencia está fundada bien en la ignorancia o en un error. De ahí que el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; Sin embargo, el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. (Neme, 2009)

Buena fe objetiva

Entendida como un principio jurídico que se expresa a través de las reglas de honestidad, rectitud y lealtad en un ámbito social. (Neme, 2009)

Entrando más en su historia el principio de buena fe como lo menciona Neme (2009) data desde el código civil escrito por Andrés Bello en 1887 y que actualmente, bajo algunas reformas, continua vigente, en el cual se dice que las obligaciones de las partes de un acuerdo es actuar de buena fe, dicha afirmación se encuentra contemplada en el artículo 1603:

Ejecución De Buena Fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. (Ley 57, 1887, Art. 1603)

De igual manera luego de incluirse en el ordenamiento jurídico, dicho principio es elevado a precepto Constitucional (Neme, 2009) consagrándose de esta forma:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Así mismo dicho principio se incluyó dentro del comercio, quedando consagrado en el artículo 871 de Código de comercio, el cual dicta:

Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. (Decreto 410, 1971, Art. 871)

Dicho esto, se ve la preocupación del legislador, de proteger los intereses de quienes obran de buena fe en sus negociaciones, entre otros. Luego de esto surge una inquietud sobre la protección de las partes en los tratos preliminares al contrato, ya que las normas anteriormente citadas ponderan el principio de la buena fe en la etapa contractual o en la pos contractual. Por lo tanto, el Código de Comercio retoma dicho tema proponiendo la indemnización de perjuicios en la etapa precontractual, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 863, el cual dispone “Artículo 863. Buena Fe En El Periodo Precontractual. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. (Decreto 410, 1971)

En este orden de ideas podemos decir el principio de buena fe no solo opera en protección a los intereses contractuales o exclusivamente en etapas contractuales, como lo precisa Neme:

La aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe asume especial relevancia en la regulación relativa a la protección del consumidor en términos de obligatoriedad de observancia de deberes de información, de publicidad, de diligencia, de prohibición de abuso

de posición dominante, de responsabilidad por la idoneidad y calidad de bienes y servicios y por la efectividad de las respectivas garantías, entre otros. (Neme, 2009)

Sino que este opera en todas las etapas de la contratación, toda vez que para analizar si una o ambas partes operan de mala fe, debe hacerse en conjunto. En otras palabras, este principio no puede fragmentarse en una etapa en específico.

Ahora bien ¿Qué pasa entonces en la etapa precontractual respecto de la buena fe? Para desarrollar el interrogante primero se debe tener en cuenta que el legislador incluye dentro del Código de Comercio un artículo el cual habla específicamente de dicho principio en la etapa ya mencionada, el cual dice: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Así mismo la Corte constitucional se ha manifestado mediante sentencia C892 (2001) en la cual sostiene que dicho principio debe reinar durante todo el proceso del contrato, concentrando su atención en la parte económica, evitando que los intereses patrimoniales de las partes se vean afectados. De igual manera en dicha sentencia la corte sostiene que la buena fe opera no solo para partes civiles, sino que está también opera para entidades de orden estatal, teniendo en cuenta que, “contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados” ...” Por ello, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista”.

La Corte menciona igualmente el tema de la reciprocidad en relación a los daños antijurídicos que se causen por mala fe en el curso de la contratación estatal, sosteniendo que:

Persiguen hacer realidad los postulados constitucionales de la justicia conmutativa y de la confianza legítima, garantizando el derecho de los contratistas a ser indemnizados por los daños antijurídicos que sufran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las entidades públicas; indemnización que, en todos los casos, comprende el pago de intereses de mora. (Corte Constitucional, 2001)

Retomando el artículo 28 de la ley 80 de 1993, en el cual se indica que para que las entidades estatales obren de buena fe deben tener en cuenta la escogencia objetiva del contratista en los procesos de selección, para lo cual la corte igualmente se manifiesta mediante sentencia C400 de 1999, en la cual sostiene que “dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita”.

Se podría sostener entonces que la buena fe está dividida en subjetiva y objetiva, la primera encaminada a las conductas propias de la conciencia de un individuo y la segunda del comportamiento en orden a los lineamientos sociales o en comunidad, así mismo esta ha tenido varios nombramientos legales a tal punto de ser principio para los actos pre contractuales y contractuales, en donde ambas partes sin importar su calidad deben encaminar sus negociaciones en esta.

Garantía de seriedad en la oferta

La garantía de seriedad de oferta debe ser presentada por los oferentes al momento de presentar la oferta. La garantía de seriedad de oferta tiene carácter sancionatorio. Lo anterior significa que al hacerse exigible la entidad contratante debe recibir la totalidad del valor asegurado sin necesidad de demostrar los perjuicios causados por las conductas objeto de la cobertura (excepción al principio indemnizatorio del seguro).

Con esta garantía se protege a la entidad contratante de la ocurrencia de uno de los siguientes

Riesgos:

1. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
3. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.
5. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia del 10 de junio de 1999 sostiene que dicha garantía tiene una finalidad, la cual:

Constituye un mecanismo que, en forma cierta, ágil y eficiente, asegura la indemnidad del patrimonio de las entidades estatales que inician procesos de contratación estatal, lo cual se traduce en la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público que a tal entidad le corresponde suministrar. Adicionalmente, la exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que, a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la capacidad técnica y financiera suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado. (Corte Constitucional, 1999)

Lo cual da a entender que cuando se presenta un concurso para contratar con el Estado, se requiere que a este solo se presenten los proponentes que cuenten con la idoneidad respectiva, además de los recursos económicos que se requieren para cumplir con el contrato al que se aspira.

Dicha exigencia por parte de las entidades estatales, de las garantías viene expresa en la ley dentro del artículo 7 de la ley 1150 de 2007, la cual dice que los oferentes o proponentes de los procesos licitatorios deberán prestar garantía de seriedad de sus ofrecimientos y que los contratistas ya seleccionados deberán prestar garantía única de cumplimiento sobre las obligaciones que surgen con la firma del contrato.

La corte dentro de la misma providencia sostiene que adicional a la finalidad anteriormente descrita, dicha garantía se crea con el fin de asegurar la suscripción y cumplimiento de las obligaciones del contrato. Con esta se busca asegurar la celebración del contrato y el mantenimiento en firme de la oferta. Agrega que:

Es por esta razón que el órgano legislativo, con el ánimo de brindarle una mayor seguridad y certeza a la actividad precontractual y a la suscripción del contrato, consideró necesario crear una garantía precontractual o de seriedad de la oferta, pues no se puede permitir que luego de que la entidad contratante adelanta un proceso dispendioso y oneroso como el licitatorio o el concurso, el oferente seleccionado se sustraiga a la obligación de suscribir el contrato, sin que esa conducta le genere consecuencia alguna y sin que el perjuicio que sufre la entidad sea reparado. (Corte Constitucional, 1999)

La naturaleza de dicha garantía viene entonces dada por un contrato inicialmente de derecho privado que luego pasa a ser de orden público, cuando es dada la posición de beneficiario a la entidad estatal con la que se espera contratar. Sostiene la Corte que la exigencia de dicha garantía para la participación en el proceso de contratación se encuentra consagrada en los pliegos de condiciones, dentro de los llamados requisitos habilitantes, la cual al cumplirse o incluirse dentro

de la propuesta no otorga puntaje o preferencia sobre otras ofertas, por el contrario, quien no presente dicha garantía dentro de su oferta no será tenida en cuenta para el proceso de selección. (Decreto 4828 de 2008)

Esta entonces debe ser analizada de tal forma que cumpla con la vigencia requerida, el valor asegurado. En este orden la garantía de seriedad en las ofertas que se presentan en los procesos de selección sirven para evitar el perjuicio de una de las partes (entidad pública) en caso del incumplimiento, retardo, falta de recursos, personal y demás, por parte de la otra (contratista) una vez dicho proceso ha sido adjudicado.

Seguido a esta aclaración, surge el inconformismo de muchos al pensar en el perjuicio o detrimento al patrimonio causado por la compra de una póliza que no será utilizada resultado de la no adjudicación del contrato. Este sería entonces uno de los desaciertos en dichos procesos para los contratistas no seleccionados, pero si obligados a suscribir dicha póliza.

Confianza legítima

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una protección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa. (Principio de confianza legítima, 2009)

Dicho principio actualmente no cuenta con expreso respaldo normativo, más sin embargo este a lo largo del tiempo ha ido tomando fuerza con ayuda de la doctrina y jurisprudencia al respecto, como también de la relación que tiene este con los principios de buena fe y demás.

La relación de estos dos principios ya mencionados según Viana urge en la medida en que la buena fe está compuesta de lealtad y transparencia y a su vez de confianza legítima, está configurada por la existencia de una relación jurídica, la existencia de una palabra dada y la conformación de dicha palabra con actos posteriores (Viana, 2007)

Según la autora Viana Cleves, la confianza legítima cuenta con unos elementos esenciales, los cuales enumera de la siguiente forma:

1. Existencia de una relación jurídica: Es la que se consolida entre un sujeto de derecho y el ordenamiento jurídico con la realización del supuesto de hecho de una norma y para ello debe existir previamente una relación, entre el sujeto y la administración, que genere efectos.
 1. Existencia de una palabra dada: Es la manifestación de la voluntad expresada a través del pliego de condiciones.
 2. Confirmación de la palabra dada: Debe haber una actuación posterior a la publicación de los pliegos de condiciones (palabra dada) que reafirme la voluntad ya emitida.
 3. Actuación diligente del interesado: Cuando el individuo alegue la confianza legítima debe probar su diligencia dentro del proceso de selección.
 - Protección a las expectativas legítimas: Según la autora, son estas las expectativas que se protegen con el principio de la buena fe y sostiene que “Son aquellas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación” (Viana, 2007)

Según lo anterior se puede afirmar que aun cuando dicho principio se presenta en la etapa precontractual de los procesos de contratación, este reviste de gran importancia en la medida en que es el que protege los intereses previos de los individuos participantes, los cuales traen consigo una expectativa de adjudicación del contrato, producto de la diligencia y esmero que dan de sí para cumplir con los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones establecido por la administración. Dichos pliegos al ser establecidos y publicados acorde a la normativa, configuran la palabra dada, junto con una relación jurídica entre la entidad y el individuo que se proyecta para cumplir con estos. (Zambrano & Navarro, 2009)

Reparación de daños antijurídicos

La reparación en la etapa precontractual viene dada como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad en cabeza de las partes que sostienen tratos preliminares en el curso de una negociación, como es el caso de una licitación o concurso estatal.

Las partes están obligadas a cumplir con los principios que anteriormente se mencionaron, junto con la licitud del objeto, causa, y demás. Además de tener el deber de sostener las negociaciones de no tener motivos de fuerza para retractarse.

En el campo de la contratación estatal dicha reparación precontractual, surge con la pérdida de la expectativa otorgada por la administración al proponente, el cual viene de tiempo atrás realizando un trabajo diligente y acucioso, cumpliendo con todos los deberes y requerimientos exigidos en el pliego de condiciones (palabra dada) y además respetando los principios vistos anteriormente, entonces al momento que por irregularidades, preferencias, entre otras razones, se adjudica el contrato a un proponente el cual demostrando que no contaba con las exigencias, capacidad o idoneidad para cumplir con el contrato, el proponente que contaba con todo lo

anterior, pierde su expectativa, esfuerzo, pago de una póliza de cumplimiento, que tiene como función garantizar la indemnización de perjuicios causados por el proponente a la administración, y la confianza para con la administración.

Teniendo en cuenta lo anterior es el individuo el sujeto en desventaja dentro de dicha negociación, la cual no establece de ante mano una indemnización de perjuicios para él.

Ahora bien, en igual sentido ocurre cuando la administración es la perjudicada con el incumplimiento del proponente que pasa a la etapa contractual y por razones varias no logra cumplir con el contrato, falta en sus obligaciones, entre otros resultados. Para ello la administración en la etapa precontractual obliga dentro del pliego de condiciones, a los proponentes a adquirir la póliza ya mencionada con el fin de que dicha entidad sea indemnizada por los perjuicios causados, conservando igualmente su posición segura frente al caso expuesto anteriormente.

En este orden de ideas los proponentes y oferentes cuentan con ciertos derechos dentro del proceso de selección y cuyo desconocimiento es generador de responsabilidad precontractual del Estado (Santaella, 2017)

Así mismo la doctrina, según Santaella, ha propuesto cuatro eventos en los cuales se presenta responsabilidad precontractual:

1. La privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz.
2. La lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada, en los casos en los que se demuestre que el proponente fue oportuno y diligente.
3. La vulneración al derecho a ser adjudicatario.
4. La lesión al derecho a suscribir y/o a ejecutar el contrato, una vez adjudicado.

(Santaella, 2017)

Según Santos Ballesteros

A la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta, es realizar un comportamiento de mala fe, incurrir en la transgresión de un deber jurídico concreto, efectuar una contravención, cuya sanción específica es la indemnización de perjuicios de llegar a ocasionarse un daño con tal comportamiento que se encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual. (Santos, 1996)

Por lo tanto, se puede presumir que el Estado está en la obligación de reparar los daños causados en la etapa precontractual, aun cuando en esta no se cuenta con un vínculo jurídico o contractual que obligue a las partes, toda vez que este vínculo de responsabilidad nace en el momento de aceptación de las ofertas y de la realización de los tratos preliminares, en orden a los principios de la contratación estatal. Dicha reparación se debe realizar por los perjuicios causados con la pérdida de la expectativa de contrato y “compensan el interés negativo, del cual hablaremos más adelante, diferente del positivo que radica en la reparación por daños contractuales”. (Oviedo, 2008).

Interés negativo

El interés negativo o de confianza abarca todo lo que el acreedor hubiera tenido -como parte de su patrimonio- si no hubiera confiado en los tratos preliminares, luego frustrados, más no lo que se dejó de ganar por no celebrar y ejecutar el contrato, lo cual constituye el “interés positivo”. (Contardo, 2011)

Según la Profesora Lianet Goyas en las etapas precontractuales “debe resarcirse el interés negativo o de confianza, pues las partes no han llegado a contratar” (Goyas, 2015)

Daños al contratista reconocidos por el consejo de Estado en la etapa precontractual

La jurisprudencia y la doctrina a lo largo de la toma de decisiones han reconocido cuatro eventos de daños derivados de la etapa precontractual en el curso de una contratación estatal, dentro de los cuales se encuentran I) la privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, en donde la sección tercera del consejo de estado se manifestó sosteniendo que es un derecho del contratista participar en un proceso de selección objetiva y que este además debe ser transparente y eficaz. Así mismo en la misma providencia resalta la forma en la cual se debe resarcir el daño producto de la vulneración del presente derecho, para lo cual sostiene que el valor por el cual debe ser indemnizado el oferente corresponde al daño emergente en donde se incluyen los gastos en los que incurrió el mismo para la preparación y presentación de la oferta. (Consejo de Estado, 2007)

Como segundo evento se encuentra II) La vulneración del derecho que tiene el proponente para que su oferta sea valorada, en donde se entiende que es deber de la administración “*evaluar, calificar y ponderar*” (Consejo de Estado, 2011) las propuestas presentadas de conformidad con el pliego de condiciones y que a su vez constituye un derecho para el oferente a que su propuesta sea analizada en dichos términos (Santaella, M). Razón por la cual el Consejo de Estado en su providencia del 12 de junio de 2014 sostuvo que en los casos en los que se vulnere o se limite la participación del proponente se deberá indemnizar por dicho acto, valor que correspondería a una parte del valor de la propuesta presentada. (Consejo de Estado, 2014)

El tercer evento es considerado por el Consejo de Estado en su providencia del 15 de noviembre de 2011, llamado III) Vulneración del derecho a ser adjudicado, en donde la desestimación de una propuesta por contener una sanción injustificada, ocasiono que la propuesta que se consideraba la mejor, saliera de consideración para el proceso de selección, en donde se concluyó que al vulnerar el derecho a ser adjudicado como mejor propuesta por un error de la administración debía ser indemnizado con la suma de la utilidad esperada si se hubiese adjudicado el contrato a dicho proponente. (Consejo de Estado, 2001)

Como último evento el Consejo de Estado concluye que se encuentra IV) La lesión al derecho a celebrar y/o a ejecutar el contrato, una vez adjudicado, en donde sostiene que la privación injusta de la ejecución de un contrato válidamente celebrado genera perjuicios materiales para el

contratista, los cuales deben ser resarcidos de tal forma que el monto sobre el cual se debe indemnizar al mismo es sobre los gastos o pérdida ocasionadas al confiar en la celebración del contrato y la pérdida de otras oportunidades. (Consejo de Estado, 2012)

Conclusiones

En primer lugar, podemos evidenciar con el desarrollo de este trabajo que en la etapa precontractual aun cuando las partes no se encuentran obligadas bajo un contrato, si se encuentran obligadas a actuar bajo los principios que rigen la contratación estatal, y que son los pilares sobre los que se desarrolla la misma y que su desconocimiento en este caso por parte de la entidad administrativa ocasionan selecciones subjetivas que afectan la estabilidad de la negociación del contratista.

Ahora bien en la legislación colombiana se estipula que las partes dentro de una contratación deben actuar de buena fe en la etapa precontractual, so pena de indemnizar perjuicios, lo que demuestra igualmente que dentro de dicha etapa también se evidencia la reparación de daños para la parte perjudicada producto del desconocimiento de pilares fundamentales de la contratación estatal o del obrar de mala fe por parte de la administración.

Es por esto que atendiendo a las disposiciones del Consejo de Estado se consideraron los cuatro eventos sobre los que anteriormente se profundizo, I) privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, II) La lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada, III) La vulneración al derecho a ser adjudicado y IV) La lesión al derecho a suscribir y/o a ejecutar el contrato, una vez adjudicado. Sobre los cuales se tiene derecho a la indemnización de perjuicios materiales causados por parte de la administración al proponente.

Finalmente cabe resaltar que los eventos analizados producto de esta investigación, no son definitivos y que en materia administrativa la legislación Colombiana continua avanzando, de tal forma que sería erróneo afirmar que son estos los únicos eventos que generan daños a los proponentes en los procesos de selección Colombianos.

Bibliografía

- Departamento Nacional de Planeación. (2011). Conpes. 3714. Departamento Nacional de Planeación. (2011). Conpes 3714. Departamento Nacional de Planeación. (2015). Decreto 1082.
- Presidencia de la Republica. (2016). *Manual de Contratación*. Pág. 11.
- Rodríguez Velarde (1995) *Los Contratos Bancarios Modernos*. Editorial Grijley, Lima-Perú
- Oviedo Jorge (2008) *Tratos Preliminares Y Responsabilidad Precontractual*. Bogotá-Colombia
- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887 Art 1603
- Neme Villarreal, M. 2006. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Revista de Derecho Privado. 11 (dic. 2006), 79-126.
- Constitución Política de Colombia, 1991. Art 83
- Decreto 410 de 1971, Código de Comercio Colombiano. Art. 863, 871
- Corte Constitucional. Sentencia C892 del 22 de agosto de 2001. Mg. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3404
- Corte Constitucional. Sentencia C400 del 2 de junio de 1999. Mg.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente D-2268
- Colombia Compra Eficiente. (2017). Garantía de seriedad en la oferta. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-la-garantia-de-seriedad-de-la-oferta>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-452 del 10 de junio de 1999. Mg. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente. D-2276.
- Régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Decreto 4828. (2008) Art 7.1
- Romero, A. (1990). *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Tapia.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C1194 del 3 de diciembre de 2008. Mg. P. Dr.

Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-7379

Diez, L., & De Leon, P. (1963). *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Casa Editorial

Bosch.

Principio De Confianza Legítima En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional. Septiembre

18 de 2009. Recuperado de

<http://iusconstifil.blogspot.com/2009/09/principio-de-confianza-legitima-en-la.html>

Cleves Viana, M. *El Principio De Confianza Legítima En El Derecho Administrativo*

Colombiano. 2007. Universidad Externado De Colombia

Zambrano infante & Navarro Acevedo. (2009) *El Principio De La Confianza Legítima Para*

Establecer Una Contratación Pública Eficiente. Universidad Javeriana

Santaella Cuberos, M. (2017). *El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad*

precontractual y contractual del Estado. Revista Digital De Derecho

Administrativo. <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.12>

Goyas, Lianet (2015). *El Concepto De Daño Indemnizable En El Derecho Contractual Cubano*.

Revista De Ciencias Sociales. Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales. Benemérita

Universidad Autónoma De Puebla, México. P12

Contardo González, Juan Ignacio. (2011). *Los Criterios De Interés Contractual Positivo Y*

Negativo En La Indemnización De Perjuicios Derivada De Resolución Contractual. Revista

de derecho (Coquimbo)

Congreso de la Republica. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la

eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales

sobre la contratación con Recursos Públicos. (2007) Artículo 7.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16.209.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de abril de 2011, expediente 18.293

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 21.324.

Santaella Cuberos, M. (2017). El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (19), 291-315. <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.12>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.827.