

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Omisión de la entidad demandada en finalizar el procedimiento de selección del contratista / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Contratación directa / CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento de selección de contratistas / CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento inconcluso / PROCEDENCIA DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad por la actuación administrativa inconclusa

El primer punto que debe la Sala determinar dice relación con la procedencia, o no, de la acción de reparación directa frente a una controversia que, aunque se plantea a partir de una situación evidentemente contractual, se ejerció con fundamento en la omisión o, mejor aún, en la abstención en la cual habría incurrido la parte demandada al finalizar un procedimiento de selección de un contratista para la ejecución de un contrato de obra pública. (...) se encuentra completamente claro que la parte demandada, una vez declaró desierta la primera licitación pública, promovió un procedimiento administrativo de contratación directa, de conformidad con lo normado en el artículo 12 del Decreto 855 de 1994, Reglamentario de la Ley 80 de 1993, punto que aceptó expresamente la propia entidad demandada y que encuentra soporte probatorio, además, en diversos documentos aportados al proceso, entre los cuales se destacan la invitación efectuada al demandante el 24 de diciembre de 1996 y los términos elaborados por la entidad para regir ese nuevo procedimiento, dentro de los cuales se determinaron: el precio global de la propuesta; el procedimiento para ser calificada y su respectiva fórmula; los ítems objeto de calificación; las situaciones que generarían penalización o disminución en la evaluación, con sus respectivos montos a descontar, entre otras cuestiones. También se halla probado, de acuerdo con el oficio emitido por la entidad demandada el día 10 de febrero de 1997, que con el propósito de adelantar ese trámite excepcional de escogencia directa del contratista, se invitaron a más de 20 personas para que participaren en el mismo, entre ellos el actor, sin embargo, la Administración Departamental optó por dejar de lado ese procedimiento administrativo y sin más inició una nueva licitación pública, a través de una decisión adoptada el 30 de diciembre de 1996. La Sala no comparte, en especial, dos de los argumentos que frente a este tópico ha expuesto la parte demandada; por un lado, aquel según el cual el segundo procedimiento por ella iniciado para tratar de adjudicar el contrato sin licitación pública y ante la declaratoria de desierta de la primera, no le resultaba vinculante; de otro lado, que tal procedimiento nunca se dejó sin concluir porque el mismo prosiguió mediante la apertura de la nueva licitación pública y habría finalizado con la consiguiente adjudicación que se hizo del contrato, después de agotado todo ese nuevo (tercer) procedimiento. Pues bien, en relación con el primer aspecto, la Subsección partirá de la noción del procedimiento de selección de contratistas denominado contratación directa y, a partir de dicha definición, se determinará si tal mecanismo le imponía, o no, a la entidad que lo promovió la obligación de concluirlo y no dejar –como en efecto ocurrió– una actuación administrativa inconclusa, lo cual permite abordar el segundo tema a analizar y, por ende, establecer si en el sub judice se configuró una omisión atribuible al ente demandado, por cuya virtud se abra paso la procedencia de la acción de reparación directa frente al caso concreto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 12 / LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: En relación con el tema de contratación directa, ver sentencia del Consejo de Estado, de agosto 29 de 2007, exp. 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento / CONTRATACION DIRECTA - Principios

El Gobierno Nacional, al reglamentar la Ley 80 de 1993, por medio del Decreto 855 de 1994, no determinó de manera específica un procedimiento autónomo para el caso de la contratación directa; sin embargo, como lo ha reiterado la Sala, ello no impide señalar –en vigencia de ese ordenamiento jurídico– que las entidades estatales, so pretexto de la ausencia de un trámite para contratar directamente, no pueden dejar de sujetarse a los principios que gobiernan la función pública y en especial a los atinentes a la actividad contractual del Estado(...).

FUENTE FORMAL: DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 12 / LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELTORIA: Sobre los principios de la actividad contractual del Estado, ver sentencia del Consejo de Estado de diciembre 3 de 2007, exp. 24715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

RESPONSABILIDAD POR LA ACTUACION PRECONTRACTUAL - Omisión de la entidad demandada en finalizar el procedimiento de selección directa del contratista / CONTRATACION DIRECTA - No se continuó con el procedimiento de selección y se dio apertura a licitación pública / CONTRATACION DIRECTA - Principios / BUENA FE - Principio de contratación estatal / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Construcción de Coliseo / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia

En el caso que ahora se examina se determinó que la entidad pública inició claramente un procedimiento de selección directa del contratista, a partir de la declaratoria de desierta de la primera licitación pública, actuación que, frente al actor, se surtió desde el 24 de diciembre de 1996, mediante la invitación que se le hizo para que presentare su respectiva cotización y una vez la parte demandada obtuvo la totalidad de las ofertas por parte de quienes llamó a hacerlo –entre ellas la del demandante–, se abstuvo de continuar con tal procedimiento sin haber proferido decisión expresa al respecto, pues transcurridos tan solo tres (3) días desde la fecha señalada como vencimiento del plazo para presentar las cotizaciones, procedió a dar apertura a una nueva licitación pública, sin que sea de recibo el argumento de que esa actuación precontractual no vinculaba a la entidad, cuando ella misma la inició y, al hacerlo, quedó sujeta a los principios que informan y gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de buena fe, pero decidió dejarlo inconcluso. Lo anterior no quiere significar, en modo alguno, que el Consejo de Estado rechace o censure la decisión que adoptó el Departamento de Risaralda en abrir una nueva licitación pública para adjudicar, como se hizo, el contrato de obra pública para la construcción del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría, pues tal decisión, según la parte accionada, obedeció a la intención –de entrada plausible– de realizar un procedimiento transparente y objetivo de cara a la escogencia del contratista, procedimiento que con los mismos valores y características, bueno es precisarlo, debía igualmente garantizarlo en el caso de la contratación directa, sin embargo, ocurre que en este asunto la competencia de la Sala se restringe a determinar si la acción de reparación directa resulta procedente frente a un caso particular y especial como el que ahora se analiza y no se extiende a efectuar, porque la sola acción ejercida y las pretensiones de la demanda lo impiden, un análisis relacionado con la legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad demandada con ocasión de las diversas etapas y procedimientos contractuales por ella promovidos y mucho menos si resultaba procedente, primero, iniciar un procedimiento de contratación directa

ante la declaratoria de desierta de la primera licitación y, segundo, si una vez promovido este procedimiento excepcional, podía abrir una nueva licitación.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Omisión administrativa / PROCEDENCIA DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA - Omisión de la entidad demandada en finalizar el procedimiento de selección del contratista / CONTRATACION DIRECTA - Principio de buena fé / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia por omisión de la entidad demandada en decidir procedimiento de selección

En efecto, al estar completamente sentado que el Departamento de Risaralda inició un nuevo procedimiento administrativo de selección contractual después de declarar desierta la primera licitación pública y que el mismo, según los postulados de la contratación estatal –en especial el de la buena fe– sí le resultaba vinculante, debía adoptar una decisión en relación con ese procedimiento y no con otro, como lo hizo más adelante al abrir una nueva y diferente licitación pública, todo con el fin de definirle a quienes presentaron oferta, su situación frente a la contratación directa que se llevaría cabo y para cuyo efecto fueron convocados, de modo que el silencio de la entidad frente a tal actuación, constituye una omisión administrativa, por cuya virtud se abre paso la procedencia de la acción de reparación directa, en los términos en los cuales fue ejercida desde el inicio de la litis.

CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento diferente al de licitación pública / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL - Transparencia y selección objetiva / PRINCIPIOS - Prevalencia del derecho sustancial y acceso a la Administración de Justicia / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia por omisión de la entidad demandada en decidir procedimiento de selección

Resulta inaceptable que se quiera entender y sostener que el procedimiento de contratación directa habría continuado su curso a través de la apertura de una segunda licitación pública, por cuanto se trata de figuras que, aunque se rigen igualmente por los postulados de la contratación estatal y en ambos debe darse aplicación, además, a los principios de transparencia y de selección objetiva, lo cierto es –bueno es repetirlo– que se trata de figuras distintas, edificadas y consagradas frente a situaciones también diferentes, las cuales consagran trámites y etapas asimismo diversas frente a cada una de ellas. Finalmente, la Sala estima que el argumento expuesto por el Ministerio Público, según el cual la parte actora debió demandar el acto por medio del cual la entidad abrió la nueva licitación pública y aquel que esgrimió la parte demandada –en sus alegaciones finales en segunda instancia–, que de la mano con el anterior planteamiento, se encaminó a sostener que el actor debió demandar el acto tácito contenido en la Resolución 1867 de diciembre 30 de 1996, son argumentos que no están llamados a prosperar, por cuanto ello constituirá un palmario cercenamiento de los Derechos-principios a la prevalencia del derecho sustancial y en especial al del acceso a la Administración de Justicia, máxime cuando dentro de la aludida, diferente y nueva decisión administrativa, ajena por completo al procedimiento de contratación directa promovido por la entidad, ni siquiera se hizo referencia, mención o alusión al mismo. Ciertamente, imponerle a la parte actora una exigencia de tal dimensión, resultaría una decisión arbitraria y desconocedora de sus derechos, dado que existe una omisión atribuible al ente demandado y, frente a la misma, el Legislador previó la acción de reparación directa como mecanismo autónomo para pretender el resarcimiento de los posibles perjuicios que a través de tal abstención se le habrían producido, a lo cual conviene agregar que la parte

actora ha sido clara, coherente y consistente desde el inicio de la litis, a través de una causa petendi que goza de un fundamento fáctico y probatorio sólido. Así las cosas, la Subsección estima que la acción que en esta oportunidad se ejerció sí resulta procedente.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la procedencia de la acción de reparación directa, ver sentencia del Consejo de Estado, de junio 7 de 2001, exp. 13405, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / CADUCIDAD - No opera por suspensión de términos debido a la vacancia judicial / SUSPENSION DE TERMINOS POR VACANCIA JUDICIAL - Impide que opere el fenómeno de caducidad de la acción / EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCION - Presentación de la demanda al siguiente día hábil

La Sala precisa que tampoco le asiste la razón al Ministerio Público en cuanto estima que la acción de reparación directa –en el evento de resultar procedente su ejercicio– estaría caducada. Al respecto debe precisarse que la parte demandante presentó a la entidad demandada un escrito el día 3 de enero de 1997 y a través del mismo le informó a la entidad demandada que ese mismo día conoció de la decisión por cuya virtud se dispuso la apertura de la nueva licitación pública, por manera que a partir de ese día –enero 3 de 1997– se entiende que el actor conoció de la omisión del Departamento de Risaralda. En efecto, aunque la demanda fue presentada el 12 de enero de 1999, no puede predicarse la existencia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción puesto que para el día en que vencía el plazo de dos años consagrados en la ley se hallaba en curso la vacancia judicial y, por lo tanto, se suspendió el cómputo de términos, de modo que la demanda debía presentarse el siguiente día hábil, tal como ocurrió en este caso. La anterior situación no se modifica si como punto de partida del término de caducidad se llegare a adoptar el día 30 de diciembre de 1996, fecha en la cual se profirió la resolución que dio apertura a la nueva licitación pública, entendida dicha decisión como aquella constitutiva de la omisión en la cual incurrió la entidad demandada al no proseguir con el procedimiento administrativo de contratación directa iniciado días atrás, dado que la expiración de dicho término se habría presentado igualmente dentro del término de la vacancia judicial.

NOTA DE RELATORIA: En ese sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia de mayo 3 de 2007, exp. 16180, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CONTRATACION DIRECTA - Ausencia de evaluación y calificación de las propuestas / CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento inconcluso / DICTAMEN PERICIAL - Convicción y certeza / PRUEBA PERICIAL - La propuesta presentada por el demandante merecía el mayor puntaje / DAÑO ANTIJURIDICO - Omisión al no decidirse el procedimiento de contratación directa / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - Daño antijurídico

La Sala encuentra que el señalamiento expuesto por el actor carece de sustento probatorio, pues en el proceso no existe prueba alguna de que la entidad demandada hubiere realizado una evaluación de las propuestas presentadas y, como consecuencia obligada de ello, que el demandante hubiere obtenido la mayor calificación dentro del procedimiento de escogencia directa del contratista y mucho menos existe prueba de que al demandante se le hubiere dado a conocer la supuesta decisión de la Administración para adjudicarle al contrato. (...) No obstante que la entidad no elaboró la evaluación y consiguiente calificación de las propuestas y que, por lo mismo, en sede administrativa no existió decisión alguna

que favoreciere a alguno de los oferentes, entre ellos el actor, la Sala debe precisar que dentro del proceso se practicó un dictamen pericial encaminado, de una parte, a determinar cuál habría sido la mejor propuesta y, de otro lado, a establecer las utilidades que habría dejado de percibir el señor Miguel Antonio Casas al no habersele adjudicado el contrato (...) la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 241 del C. de P. C., estima que el dictamen pericial contiene conclusiones que ameritan convicción y certeza acerca de los hechos y cifras objeto de la prueba pericial. Así las cosas, comoquiera que la omisión de la parte actora llevó a que el procedimiento administrativo de selección directa del contratista resultare frustrado y que con dicha abstención se le causó un daño antijurídico al demandante, dado que se probó en el proceso que su propuesta, en el evento en el cual se hubiere continuado con dicho procedimiento, habría obtenido el mayor puntaje, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del ente demandado.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 241

NOTA DE RELATORIA: En relación con la responsabilidad patrimonial por la contratación estatal en la etapa precontractual, ver sentencia del Consejo de Estado, de junio 7 de 2001, exp. 13405, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

PRUEBA PERICIAL - La propuesta presentada por el demandante merecía el mayor puntaje / CONTRATACION DIRECTA - El demandante no se encontraba inhabilitado para participar en el procedimiento de selección

Aunque la entidad demandada elaboró un documento denominado "INVITACION A COTIZAR", dentro del cual se incluyeron algunos aspectos relacionados con la propuesta, tales como el precio global de la misma; el procedimiento para ser calificada y su respectiva fórmula; los ítems objeto de calificación; las situaciones que generarían penalización o disminución en la evaluación, con sus respectivos montos a descontar, pues lo cierto es que en ese documento nada se dijo acerca de los requisitos de participación para el nuevo procedimiento de selección, cuestión que de suyo impide determinar si la propuesta presentada por el demandante se hubiere apartado de los términos exigidos por la entidad de cara a tal actuación precontractual, razón adicional para acoger el peritazgo rendido dentro del proceso, el cual determinó que la oferta del accionante estaría llamada a obtener la primera calificación en el evento en el cual se hubieren estudiado las diferentes ofertas presentadas. También advierte la Sala, producto de la falta de estipulación de requisitos de participación en el trámite de la contratación directa que se llevaría a cabo, que en el proceso no se advirtió la existencia de causales legales o situaciones fácticas que pudieran inhabilitar al oferente, en este caso al actor para participar en el mencionado procedimiento de escogencia directa del contratista, amén de que la parte demandada tampoco alegó una de tales circunstancias, pues por el contrario, parte de su defensa la edificó sobre la base de la posibilidad de que el demandante bien pudo hacerse parte dentro de la segunda licitación pública que se abrió –sin consideración al procedimiento de contratación directa iniciado–, situación que permite deducir que el señor Casas Garzón no se habría hallado incurso en causal de impedimento o inhabilidad legal alguna para participar en el trámite promovido por el Departamento de Risaralda para adjudicar el contrato en forma directa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., julio veintiocho (28) de dos mil once (2011).

Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349)

Demandante: MIGUEL ANTONIO CASAS GARZON

Demandado: DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Risaralda, el día 5 de octubre de 2000, mediante la cual dispuso:

“1. Se declara al Departamento de Risaralda administrativamente responsable de los perjuicios causados al demandante por haber dejado sin terminar la actuación administrativa precisada en la parte motiva. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la entidad estatal demandada a pagarle al accionante la suma de trece millones noventa mil seiscientos once pesos m.cte (\$13'090.611.00). Esa cifra se indexará en la forma como se dejó registrado en la parte considerativa.

2. Se niegan las demás súplicas de la demanda.

“...(...).”

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 12 de enero de 1999 (fl. 41 c 1), el señor Miguel Antonio Casas Garzón, a través de apoderada judicial, formuló acción de reparación directa contra el Departamento de Risaralda, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“1. Declárese al Departamento de Risaralda administrativamente responsable de los perjuicios causados al Ingeniero MIGUEL ANTONIO CASAS GARZON, como consecuencia de una falla en el servicio por actuaciones irregulares consistentes en:

a. Haber dejado inconcluso el procedimiento de selección de contratista que se adelantaba para la contratación directa 'Construcción Coliseo de Belén de Umbría' puesto que después de haber cumplido el trámite de selección no hizo la adjudicación guardando silencio respecto del mismo.

b. Haber abierto la licitación pública N° S.O.P.-OC-029-96 'Construcción Coliseo de Belén de Umbría' sin haber tomado decisión alguna respecto del proceso de selección de contratista que ya había iniciado para la contratación directa y el cual se encontraba para la adjudicación.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

a. Por perjuicios materiales se pague al demandante Ingeniero MIGUEL ANTONIO CASAS GARZON las sumas correspondientes por los siguientes conceptos: Daño Emergente: los gastos y costos que el demandante tuvo que sufragar para atender la solicitud de presentar propuesta para la construcción del Coliseo de Belén de Umbría.

Lucro cesante: la utilidad que dejó de percibir si se le hubiera adjudicado el contrato para la construcción Coliseo Belén de Umbría, cuyo procedimiento para contratación directa se suspendió intempestivamente al abrir la licitación pública N° S.O.P.-OC-029-96 para la 'Construcción Coliseo de Belén de Umbría'.

"....."

c. Perjuicios morales, por la angustia, el malestar, la desmotivación sufrida por el demandante al ver que después de haber invertido dinero y destinado tiempo al trabajo responsable de preparación de una propuesta que en el proceso de evaluación obtuvo el mayor puntaje, de una manera intempestiva el Departamento sin interesar lo que represente para un oferente la elaboración de una propuesta, decida dejar inconcluso el trámite y el convocar una licitación pública.

"...(...)..."

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que mediante Resolución 1672 de noviembre de 1996, el Departamento de Risaralda dio apertura a la licitación pública No. S.O.P.-OC-026-96, cuyo objeto era la construcción del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría de dicho Departamento.

Señaló que el cierre de la mencionada licitación se fijó hasta el 20 de diciembre de 1996 a las 9:55 A.M., pero ese día no se presentaron ofertas por parte de quienes habían adquirido los pliegos de condiciones, por cuanto existía un <<desfase>> del 20% respecto del presupuesto oficial, lo cual dio lugar a la ampliación del

horario inicialmente establecido, esto es hasta las 10:00 P.M., pero aún así no se presentó oferta alguna.

Indicó que ante la ausencia de propuestas, la Administración Departamental expidió la Resolución 1800 de diciembre 20 de '1994' (sic), por medio de la cual declaró desierta la aludida licitación pública.

Agregó que más adelante, el 24 de diciembre de 1996, la Administración Departamental invitó a 22 ingenieros, quienes habían adquirido los pliegos de condiciones para la licitación pública declarada desierta –entre ellos el actor–, con el propósito de que cotizaren para la construcción del mencionado Coliseo, propuestas que debían presentarse el día 27 de ese mismo mes y año, para efectos de escoger al contratista en forma directa.

Se señaló en la demanda que la propuesta presentada por el actor resultó ser la ganadora, porque obtuvo el puntaje máximo de la calificación y, por consiguiente, a él debía adjudicársele el contrato.

Sostuvo que no obstante el procedimiento de escogencia del contratista, adelantado por la parte demandada y sin que hubiere mediado suspensión o terminación del mismo, el Gobernador de Risaralda profirió el acto administrativo No. 1867 de diciembre 30 de 1996, mediante el cual abrió una nueva licitación pública para la construcción del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría, decisión que se publicó el día 3 de enero de 1997.

Con fundamento en lo anterior, el demandante solicitó a la Administración Departamental una explicación acerca de lo sucedido con la adjudicación, en forma directa, del contrato, petición que según el oferente fue atendida por la Gobernación de Risaralda, a través de oficio de enero 9 de 1997, en el sentido de señalar que si bien ante la declaratoria de desierta de la primera licitación pública el ente territorial podía optar por la vía de contratación directa, lo cierto es que se decidió iniciar un nuevo procedimiento de licitación, con el fin de dar aplicación a los principios de transparencia y de selección objetiva, habida consideración al valor del contrato.

La parte actora, por lo tanto, se abstuvo de presentar una nueva propuesta dentro del segundo procedimiento de escogencia del contratista, por cuanto la no adjudicación del contrato, según él, le causó daños de índole moral y material.

De otra parte, en el libelo introductorio se indicó que no se ejercía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni la acción contractual, toda vez que la acción de reparación directa resulta procedente ante *“LA FALLA EN EL SERVICIO POR OMISION DE LA ADMINISTRACION DE DEFINIR UN PROCEDIMIENTO PARA CONTRATACION DIRECTA YA CUMPLIDO”*.

Y añadió en este punto que

“Es cierto que la regla general para la escogencia del contratista es la licitación pública, y que la contratación directa es un procedimiento excepcional, de aplicación restrictiva, al que sólo puede acudirse cuando se configuren los supuestos fácticos y normativos previstos de manera expresa por el legislador.

Tampoco se ignora que el procedimiento facultativo, entendiéndolo por tal, el que si la administración lo considera conveniente y necesario, puede acudir a la licitación, aunque se den los supuestos para la contratación directa; tal es el caso de la declaratoria [de] desierta de la licitación y en la entidad (sic) considera del caso abrir otro procedimiento licitatorio para garantizar con mas realce el principio de selección objetiva al hacer posible una mayor concurrencia.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que la contratación directa es al igual que la licitación un procedimiento de selección objetiva, reglado, predeterminado, una vez iniciado este debe culminar con un pronunciamiento de la entidad, y esto fue precisamente lo que no sucedió en el caso que nos ocupa.

“.....

La Administración, abierto un proceso tendiente a la celebración de un contrato tiene la obligación de culminarlo, bien a través de la adjudicación o de la declaratoria de desierta cuando no sea posible la escogencia o selección objetiva del adjudicatario.

Los oferentes tienen el derecho a que la Administración haga la adjudicación respetando y cumpliendo lo previsto en el pliego de condiciones o lo declare desierto si hay base legal; debe pues terminar el proceso so pena de comprometer su responsabilidad. Esa responsabilidad, llámese precontractual o extracontractual ha sido aceptada por el Consejo de Estado en diversas sentencias (...).

3.- Contestación de la demanda.

Notificado del auto admisorio, el Departamento de Risaralda, actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda (fls. 50 a 63 c 1), y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones, por cuanto, según su juicio, la acción ejercida es indebida y además la reclamación carece de sustento fáctico y jurídico.

Sostuvo que al demandante nunca se le comunicó su supuesta escogencia como contratista de la obra para el Coliseo del Municipio de Belén de Umbría, pues debido al monto del contrato se decidió abrir un nuevo procedimiento de licitación pública, en el cual pudo participar el actor pero no lo hizo.

Señaló que aunque la Administración Departamental invitó a algunas personas a cotizar para la construcción de la mencionada obra, tal actuación en modo alguno vinculó a la parte demandada.

Agregó, además, que no es cierto que el accionante hubiere obtenido el puntaje máximo conferido por la entidad dentro del procedimiento de escogencia del contratista, como se afirma en la demanda y, por ello, nunca se le comunicó tal situación y mucho menos que sería el adjudicatario del contrato.

Reiteró que la entidad demandada optó por abrir un nuevo trámite para la escogencia del contratista y allí presentaron oferta algunas de las personas que adquirieron los pliegos de condiciones para la primera licitación, incluso, a quien se le adjudicó finalmente el contrato de obra era uno de ellos, por cuanto tales pliegos eran los mismos, por manera que el actor podía hacerse parte en ese nuevo procedimiento, pero decidió no hacerlo.

En relación con la deprecada falla en el servicio, la parte demandada sostuvo, en primer lugar, que no es cierto que la licitación pública se hubiere <<truncado>>, pues ésta culminó mediante la respectiva adjudicación del contrato, a través de la Resolución No. 0146 de febrero 26 de 1997; adicionó, de otra parte, que una vez se declaró desierta la primera licitación pública –decisión adoptada ante la ausencia de presentación de propuestas– la entidad tenía la posibilidad de escoger al contratista en forma directa y si bien es cierto que se invitó a determinadas personas para que presentaran cotizaciones, también lo es que la Gobernación de Risaralda tenía igualmente la opción de abrir un nuevo procedimiento de selección y a tal determinación arribó, en atención al valor del contrato y con sujeción a los principios de transparencia y de selección objetiva del

contratista, decisión que fue de conocimiento del actor, pero éste se abstuvo de presentar su respectiva propuesta, no obstante que conocía que los pliegos de condiciones y el objeto del contrato era el mismo.

Indicó que los pronunciamientos judiciales citados parcialmente por el actor, difieren del caso *sub judice* y que frente a éste no puede predicarse una falla en el servicio por el hecho de que la parte demandada hubiere dado aplicación al principio de transparencia, amén de que el contrato de obra fue adjudicado de conformidad con los pliegos de condiciones, los cuales eran conocidos desde el inicio por el demandante.

Adicionó a lo anterior que cualquier daño que hubiere padecido el actor sólo sería consecuencia de su propia pasividad al no participar del nuevo procedimiento de selección. Manifestó, además, que

“La Administración hubiese obrado irregularmente en caso de haber guardado silencio, no adjudicando la obra a nadie, o habiendo hecho una adjudicación de una obra de un costo tan elevado en una forma cerrada como hubiese sido la contratación directa, de ahí que no se vislumbre por ángulo alguno omisiones del Departamento que conlleven la generación de los supuestos daños que reclama el demandante (...).”

De otro lado, la entidad territorial demandada se opuso a la indemnización de perjuicios solicitados por el demandante, consistente en *<<las expectativas de ganancia que, tal vez, pudo haber reclamado si hubiese participado en la licitación y hubiese atacado en vía de nulidad y restablecimiento del derecho la legalidad de la resolución 0146 del 26 de febrero de 1997, por la cual se adjudicó la construcción del Coliseo de Belén de Umbría>>*.

Indicó también que es un *‘yerro jurídico’* que se involucre el concepto del A.I.U., dentro de la estimación de los supuestos perjuicios, dado que ello resultaría procedente si el demandante se hubiere hecho parte en la segunda licitación pública, pero al abstenerse de hacerlo, no puede aceptarse tal reconocimiento, máxime cuando tal componente (A.I.U.) se vincula con factores reales y no con base en simples suposiciones.

Asimismo, la parte accionada controvertió el monto que se reclama en la demanda, por concepto de estudio y preparación de la propuesta, pues considera que tal rubro no es reembolsable, por cuanto corresponde a erogaciones en las cuales

incurrir el oferente con cargo a su propio patrimonio, tal como se dejó anotado en los pliegos de condiciones.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- La parte demandada señaló que no puede atribuírsele falla alguna en el servicio, comoquiera que sí se adjudicó el contrato para la construcción del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría y, por lo tanto, no se dejó <<trunco>> el procedimiento de escogencia del contratista y la alternativa de adjudicar dicho contrato de manera directa no era obligatoria, de allí que se hubiere optado por una nueva licitación pública, en atención a los principios tantas veces mencionados.

Reiteró que buena parte de quienes adquirieron los pliegos de condiciones para la primera licitación pública participaron en la segunda, sin que el actor lo hubiere hecho, no obstante que tales pliegos eran los mismos y que supuestamente tenía su oferta preparada.

Señaló que en el proceso se logró desvirtuar la afirmación del actor en el sentido de que un funcionario de la Administración Departamental le habría comunicado, telefónicamente, que resultó escogido como adjudicatario del contrato, pues ni siquiera existieron puntajes oficiales, por la sencilla razón de que el Departamento de Risaralda no evaluó las cotizaciones recibidas, pues algunos de los cálculos fueron elaborados por los propios “oferentes”. De otra parte, el ente demandado contravirtió el dictamen pericial practicado en el proceso (fls. 169 a 177 c 1).

4.2.- La parte actora, a su turno, solicitó declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, a título de falla en el servicio, por las actuaciones irregulares en las cuales habría incurrido, a saber:

“a. Haber dejado inconcluso el procedimiento de selección de contratista que se adelantaba para la contratación directa ‘Construcción Coliseo Belén de Umbría’ puesto que después de haberse cumplido el trámite de selección no hizo la adjudicación guardando silencio respecto del mismo”.

b. Haber abierto la licitación pública N° S.O.P.-OC-029-96 ‘Construcción Coliseo Belén de Umbría’ sin haber tomado decisión alguna respecto del proceso de selección de contratista que ya había iniciado para la contratación directa y el cual se encontraba para la adjudicación”.

Finalmente, la parte demandante se refirió a la procedencia de los perjuicios solicitados a su favor y a la cuantificación de los mismos (fls. 178 a 191 c 1).

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia proferida el 5 de octubre de 2000 (fls. 198 a 212 c ppal), accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo siguiente:

“(...) efectivamente, la vía escogida es la apropiada para controversias como la presente, sustentada sobre la base de haberse iniciado una actuación administrativa que no culminó, según la demanda, como correspondía, habiéndose quedado sin solución las ofertas que presentaron los interesados, dentro de ellas la del actor, cuando se dio la convocatoria para contratación directa. En concreto el soporte es una omisión, nada diferente.

“.....

4. Mirando los aspectos que encierran la presente controversia, establecidos plenamente, con las pruebas que en el numeral anterior se acotaron, se tiene lo siguiente:

Una vez declarada desierta la licitación, legalmente hablando procedía la contratación directa (...).

Si ella se abrió, obteniendo las ofertas concretas, como estaba dispuesto (folios 18 y 19), como no se daba impedimento legal alguno, ello ni se ha argumentado y menos probado, para darle cabida a los principios de la celeridad, eficacia y economía ... era lógico, práctico y legal, adjudicar a la mejor oferta. Ese procedimiento no se podía dejar trunco, como aquí ocurrió, sin entregarse ninguna explicación legal; se comprende que no la había. Las actuaciones administrativas, todas, tienen por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, como lo señalan las leyes, la adecuada prestación del servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los gobernados, reconocidos por la ley (Artículo 2 del C.C.A.). Tales actuaciones, que pueden generarse de una cualquiera de las maneras indicadas en los Artículos 4 y s.s. de la misma obra, tienen que culminar con una decisión que corresponda a los elementos fácticos y jurídicos propios del caso, como, igualmente, lo manda el Artículo 35 ibídem. Esto aquí no tuvo ocurrencia, se omitió proceder conforme a la normatividad y, allí se encerró, por tanto, la falla endilgada en la demanda al actuar administrativo.

“.....

(...) No puede aceptarse que el jefe del organismo pueda, abruptamente, suspender lo que ya se lleva para buscar evitar lo que no tenía que evitarse, cuando se estaba procediendo legalmente”.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal Administrativo *a quo* se ocupó del análisis relacionado con la oferta presentada por la parte demandante, esto es si se trataba, o no, de la mejor propuesta, para lo cual acudió al dictamen pericial practicado en el proceso, el cual lo llevó a concluir que sí se trataba de la propuesta más favorable para la entidad y, por ende, procedía la indemnización solicitada porque consideró que el Departamento de Risaralda era *<<administrativamente responsable de los perjuicios causados al demandante, por el hecho de haber dejado sin concluir la actuación administrativa que se inició y que estaba encaminada a escoger al contratista por contratación directa>>*.

En cuanto a la indemnización solicitada por perjuicios morales, se indicó en el proveído apelado que tal rubro no fue acreditado en el proceso y además su reconocimiento resultaba improcedente frente a esta clase de asuntos *<<donde se discuten diferencias de índole económico>>*.

Por concepto de perjuicios materiales, se reconoció el monto *<<equivalente al 50% de la suma que le hubiera correspondido, por concepto de utilidades, en el caso de habersele permitido a él [al actor] la ejecución del contrato para el cual presentó la oferta>>*.

Dado que la prueba pericial dictaminó que las utilidades que habría dejado de percibir el demandante ante la falta de adjudicación del contrato era de \$26'181.222, se le reconoció entonces, al accionante, la suma de \$13'090.611.

Finalmente, el Tribunal de primera instancia citó apartes de una sentencia del Consejo de Estado en relación con la figura de la pérdida de oportunidad o del 'chance' en materia contractual, relacionados con este asunto.

6.- La apelación.

Inconforme con la referida sentencia de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación (fls. 222 a 233 c ppal), el cual se fundamentó en lo siguiente:

El ente territorial demandado se opuso a la determinación que desestimó la excepción de inepta demanda, *"... porque es tanto como permitir subvertir el orden procedimental legal, al aceptar que determinados reclamos se hagan por vías que*

no son las correctas, pues, para el caso concreto, la parte actora debía haber atacado a través de la vía de acción contractual, o la de plena jurisdicción a lo menos, antes de que se hubiese notificado el acto de adjudicación de la Licitación que se reabrió el 30 de diciembre de 1996, lo cual no hizo”.

Señaló nuevamente que si bien ante la declaratoria de desierta de la primera licitación pública el Departamento de Risaralda tenía la posibilidad de contratar de manera directa la ejecución de la obra del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría y que en principio tuvo la intención de acudir a tal mecanismo de escogencia del contratista, en modo alguno quedó inhabilitada la entidad para reabrir la licitación pública, *<<no quedando trunca la actuación, como quiera que se llegó a la adjudicación de la licitación>>*.

Sostuvo que el demandante siempre conoció la decisión de abrir de nuevo la licitación SOP-OC-029-96, de modo que también pudo participar nuevamente de ese procedimiento, sin que lo hubiere hecho, no obstante que tenía preparada su oferta, *“para salir al cabo de los años, pretendiendo, por vía equívoca además, se le indemnice por una supuesta omisión del Departamento, omisión que no existió”.*

Reiteró que de manera alguna se omitió culminar el procedimiento de escogencia del contratista, por cuanto la mencionada licitación pública se reabrió el 30 de diciembre de 1996 y el contrato fue adjudicado el 26 de febrero de 1997, sin que el hecho de que en una oportunidad, antes de dicha reapertura, se hubiere contemplado la posibilidad de adjudicar directamente el contrato, ello *<<de modo alguno implicaba que tenía que escoger, o que quedase inhabilitado para reabrir la licitación>>*, máxime cuando ni siquiera se produjo una calificación de las cotizaciones presentadas, cuestión que descarta, *per se*, que la oferta presentada por el actor hubiese ocupado el primer lugar frente a las demás.

Indicó que la única prueba a la cual alude el actor para sostener que él habría obtenido el primer lugar, dice relación con una supuesta llamada telefónica de un funcionario de la Administración Departamental, quien le habría manifestado al señor Miguel Antonio Casas Garzón que le sería adjudicado el contrato; sin embargo, ese señalamiento fue desvirtuado con el testimonio de la persona a la cual el actor mencionó como emisario de tal noticia, pues el propio funcionario desmintió por completo esa aseveración.

Agregó que

“Si se acogiera la tesis del Tribunal que existió pérdida de una oportunidad bajo el argumento que el demandante era el que supuestamente ocuparía el primer lugar, sin existir acto oficial que así lo indicara, sería tanto como concebir que el Departamento tendría que entrar a indemnizar a todos y cada uno de los que cotizaron junto con el señor Casas Garzón, lo que no tiene sentido ni razón legal (...)”.

Adicionó a lo anterior que no puede el actor, ante su propia negligencia, atribuir una falla en el servicio a la parte demandada, porque él mismo optó por no participar de la licitación que se reabrió el 30 de diciembre de 1996.

También sostuvo que el Tribunal *a quo* erró al acoger un dictamen pericial que determinó que la propuesta del actor era la más favorable, por cuanto, insistió en ello, nunca existió un acto oficial emanado de la entidad territorial que así lo hubiere advertido, razón por la cual resulta inaceptable el entendimiento de que la sola presentación de la oferta genera un vínculo obligatorio frente a quien la recibe.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1.- La parte demandada señaló que no toda omisión de la Administración puede generarle responsabilidad patrimonial, pues en algunos eventos la ley y la jurisprudencia le han otorgado un valor especial a tales omisiones, de allí que se produzcan actos administrativos fictos, pasibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que al proferirse la decisión que dio apertura a la nueva licitación pública, se produjo de manera simultánea un acto tácito que concluyó el trámite de contratación directa iniciado por la entidad, de modo que tal decisión podía enjuiciarse por parte del actor.

Agregó que en el proceso no existe prueba alguna que determine que al demandante se le hubiere comunicado que sería beneficiario del contrato de obra pública tantas veces aludido vía contratación directa y ello fue así porque ni siquiera existió una calificación de las propuestas presentadas, amén de que tampoco está probado que de haberse realizado dicha evaluación, la cotización

presentada por el ahora accionante hubiere ocupado el primer lugar, pues el dictamen pericial practicado en el proceso resulta insuficiente para tal finalidad.

Indicó que si el Juez entra a valorar y, por ende, a calificar las ofertas, debe efectuarlo con sujeción a los postulados que para tal efecto sigue la entidad, a lo cual añadió que de conformidad con lo normado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el precio no constituye el único factor evaluable dentro del procedimiento de contratación directa del Estado, aspecto en el cual se fundamentó únicamente la prueba pericial para determinar que la propuesta del demandante sí resultaba la más favorable, de modo que esa prueba resulta insuficiente para acreditar que la oferta presentada por el señor Casas Garzón habría ocupado el primer lugar y, por lo mismo, debía adjudicársele el contrato (fls. 238 a 241 c ppal).

7.2.- Finalmente, el Ministerio Público solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, emitir un fallo inhibitorio porque considera que el actor debió demandar, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo por medio del cual se abrió la nueva licitación pública, por cuanto se trató de un acto administrativo precontractual, por manera que la acción ejercida resulta indebida.

Sostuvo, además, que si en gracia de discusión se aceptare la procedencia de la acción de reparación directa, tal acción habría de hallarse caducada, por cuanto la publicación del acto administrativo que dio inicio a la segunda licitación pública se efectuó el 3 de enero de 1997 y la demanda fue presentada el 12 de enero de 1999 (fls. 246 a 252 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Risaralda, el día 5 de octubre de 2000.

1.- Procedencia de la acción de reparación directa en el caso *sub judice*.

El primer punto que debe la Sala determinar dice relación con la procedencia, o no, de la acción de reparación directa frente a una controversia que, aunque se plantea a partir de una situación evidentemente contractual, se ejerció con

fundamento en la omisión o, mejor aún, en la abstención en la cual habría incurrido la parte demandada al finalizar un procedimiento de selección de un contratista para la ejecución de un contrato de obra pública.

Con esa óptica, la Sala analizará el material probatorio que yace en el expediente y, con fundamento en el mismo, establecerá si la acción ejercida resulta procedente. Es así cómo, dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales, se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

- Copia auténtica de la Resolución No. 1672 de noviembre 28 de 1996 (fls. 8 y 9 c 2) proferida por el Departamento de Risaralda <<por medio de la cual se autoriza la apertura de una Licitación Pública de Obra Civil>>, en cuya parte considerativa se consignó:

“1- Que en el Presupuesto de gastos de la actual vigencia, bajo las Imputaciones Presupuestales No. 10.01.03.07.10.01.05 se encuentra una partida disponible para ‘LA CONSTRUCCION COLISEO BELEN DE UMBRIA’ y se pretende un compromiso para la vigencia de 1997 de (\$373.677.000.00) TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS MCTE, facultado según ordenanza 018 del 10 de mayo de 1996.

2- Que la definición del rubro presupuestal comprende gastos ocasionados para la Construcción Unidad Deportiva Coliseo de Belén de Umbría.

3- Que la obra es necesaria para el beneficio de la población en el área de Recreación y Deporte.

4- Que por el valor estimado de la obra, el trámite que debe seguirse es el de la Licitación Pública, según el Decreto ley 80 de 1993 (sic).

5- Que la[s] base[s] de la Licitación fueron establecidas y aprobadas por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, de acuerdo con la Ordenanza No. 047 de fecha Agosto 08 de 1996 ‘Por la cual se dictan normas para el Diseño, Adjudicación e Interventoría de Obras Públicas en el Departamento de Risaralda y se dictan otras disposiciones’.

De acuerdo con lo anterior, se resolvió:

“ARTICULO 1o. Autorizar la Apertura de la Licitación Pública No. SOP - OC - 029 - 96 para la ‘LA (sic) CONSTRUCCION COLISEO DE BELEN DE UMBRIA’ por un valor de CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS MCTE (\$462.963.000.00).

ARTICULO 2o. La obra se pagará con cargo a el (sic) Rubro No. 10.01.03.07.10.01.05 (\$89.286.000.00) y (\$373.677.000.00) con cargo a la vigencia de 1997.

ARTICULO 3o. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”.

- Copia autenticada de la Resolución No. 1800 de diciembre 20 de 1996, a través de la cual se declaró desierta la aludida licitación pública No. SOP - OC - 029 - 96, por cuanto no se presentó oferta alguna (fl. 10 c 2).

- Documento aportado en original, de fecha 24 de diciembre de 1996 y dirigido al demandante, por medio del cual la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Risaralda (fl. 4 c 1), señaló:

<<Por instrucciones del Señor Gobernador me permito solicitarle Cotización para la Construcción del Coliseo de Belén de Umbría.

Su oferta deberá presentarla hasta el día Viernes 27 de Diciembre de 1996, a las 4:55 P.M., respaldada con garantía de seriedad por un término de 3 meses contados a partir del día límite para la presentación de la propuesta.

El presupuesto oficial es de \$462.963.000.00 (...)>>.

- Documento aportado en original, proferido por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Risaralda y denominado <<INVITACION A COTIZAR>> - <<CONSTRUCCION COLISEO MUNICIPIO DE BELEN DE UMBRIA>> (fls. 5 a 8 c 1), dentro del cual se consignó:

“PROCESO DE EVALUACION DE PROPUESTAS:

1. Precio global de la propuesta MIL (1000) puntos:

Se calculará un primer promedio sumando el valor total de cada Propuesta corregida, incluidas las alternativas si las hay, y el Presupuesto Oficial, y se dividirá por el número de ellas.

A este promedio se le calculará un rango de más o menos el QUINCE POR CIENTO (15%). Las Propuestas que no estén dentro de este rango obtendrán CERO (0) puntos por este numeral.

Con las propuestas que queden se calculará un segundo promedio, a este promedio se le calculará un rango de más o menos el DIEZ POR CIENTO (10%); las propuestas que no estén dentro de este rango obtendrán CERO (0) puntos por este numeral.

Para la obtención del puntaje inicial se aplicará la siguiente fórmula (...).

“.....

La propuesta con mayor puntaje será sometida al siguiente proceso de penalización. Si luego de reducido su puntaje queda otra propuesta con

mayor puntaje que la revisada, se someterá también ésta a la misma revisión y así sucesivamente hasta encontrar la propuesta con mayor puntaje definitivo.

2. Corrección aritmética:

No se aceptará ningún tipo de enmendadura en el Formulario de la Propuesta, que no venga claramente refrendada con la firma del Proponente; si esto ocurre la oferta obtendrá automáticamente un puntaje total igual a CERO (0).

Se entiende por precio unitario el valor total de un ítem, es decir, incluye: Materiales con I.V.A. mano de obra con prestaciones sociales, transporte, herramientas, equipo y A.I.U. Los análisis unitarios correspondientes los presentará el proponente que resultare beneficiario, según las Especificaciones Técnicas de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento y de acuerdo con el valor ofrecido, el cual debe ser un número entero.

Si las cantidades de obras presentan decimales, los valores parciales y totales se aproximarán a dos decimales, si es el caso.

Si existe alguna variación 'sustancial' en la numeración de los ítems, o en el formulario de la propuesta de acuerdo con el formato entregado por la Secretaría, se penalizará el puntaje inicial (...).

Las cantidades de obra, serán la que aparecen en el Formulario de la Propuesta suministrado por la Secretaría de Obras Públicas con los Pliegos, si por algún motivo el Proponente modifica alguna cantidad ésta se corregirá.

Si en el formulario de precios se encuentra la falta de algún ítem total o parcialmente, con excepción de la unidad, la Propuesta obtendrá un puntaje total de CERO (0) puntos.

Si se encuentra modificación en la descripción de un ítem en el formulario de la propuesta, se asumirá que el ítem ha sido calculado correctamente y no habrá lugar a reclamación posterior por parte del Proponente, quien lo ejecutará conforme a la descripción y Especificaciones Técnicas del Pliego.

No se calificará con CERO (0) puntos el cambio o falta de unidades, pero prevalecerán las suministradas por el Departamento con el Formulario de la Propuesta, y el Oferente no tendrá derecho a reclamo posterior.

Luego de hacer las correcciones aritméticas, sólo se admitirán errores en el valor total, que no superan más o menos el UNO POR CIENTO (1%) del valor de la Oferta con respecto a sí misma, en caso de presentarse, el puntaje total de la Propuesta será igual a CERO (0) puntos, dado que [el] mayor error afectará en forma sustancial los promedios a calcularse seguidamente.

Si en el proceso de revisión aritmética, se encuentran DOS (2) o más ofertas con más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor unitario de los ítems iguales, las propuestas obtendrán CERO (0) puntos y serán enviadas al Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura para poner en conocimiento este hecho.

El presupuesto oficial entrará en la corrección aritmética y de aquí en adelante recibirá el mismo tratamiento de las demás Propuestas, es decir que en un momento puede ser descartado.

3. Disminución del puntaje por presentación de la propuesta hasta máximo CIEN (100) puntos si se encuentran dentro de alguna de las siguientes causales:

<i>CAUSA</i>	<i>PUNTAJE DE DISMINUCION</i>
<i>Por falta o cambio de una cantidad en el Formulario de la Propuesta</i>	<i>10 Puntos por cada una</i>
<i>Por falta de un valor unitario en el Formulario de la Propuesta</i>	<i>10 Puntos por cada una</i>
<i>Por modificar la descripción o la numeración de un ítem en el Formulario de precios</i>	<i>10 Puntos por cada una</i>
<i>Por no numerar correctamente la Propuesta</i>	<i>10 Puntos por cada una</i>
<i>Por no numerar la Propuesta</i>	<i>25 Puntos por cada una</i>
<i>Por la falta de hojas (folios) de un documento</i>	<i>5 Puntos por cada una</i>
<i>Por ilegibilidad en fotocopias de documentos anexos</i>	<i>2 Puntos por cada una</i>
<i>Por no incluir el valor del A.I.U. en el valor unitario de cada ítem</i>	<i>100 Puntos por cada una</i>

Para

considerar este numeral se considerará solo la Propuesta original presentada el día de cierre de la Invitación, los documentos, aclaraciones o modificaciones allegados luego del acto de apertura de Propuestas no modificarán el puntaje ya obtenido. Se consideran documentos allegables aquellos que no afectan el puntaje.

El puntaje total de cada Propuesta será el obtenido luego de las penalizaciones a que tenga lugar el Proponente.

La Secretaría de Obras Públicas podrá solicitar otros documentos no relacionados en estos pliegos, al Proponente que obtenga el primer lugar, para verificar la información suministrada por él al hacer su registro ante la Cámara de Comercio respectiva y para complementar la información necesaria para el proceso de contratación”.

- Oficio de febrero 10 de 1997, aportado en original, por medio del cual la entidad demandada relacionó a las personas que presentaron cotización para el procedimiento de contratación directa, entre ellos al señor Miguel Antonio Casas garzón (fl. 19 c 1), cuya oferta obra a folios 231 a 247 (c 3), de fecha diciembre 27 de 1996.

- Original de la Resolución No. 1867 de diciembre 30 de 1996 (fls. 10 y 11 c 1), proferida por el Departamento de Risaralda <<por medio de la cual se autoriza la apertura de una Licitación Pública de Obra Civil>>, según el cual:

“1- Que en el Presupuesto de gastos de la actual vigencia, bajo las Imputaciones Presupuestales No. 10.01.03.07.10.01.05 se encuentra una partida disponible para ‘LA CONSTRUCCION COLISEO BELEN DE UMBRIA’ y se pretende un compromiso para la vigencia de 1997 de (\$373.677.000.00) TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS MCTE, facultado según ordenanza 018 del 10 de mayo de 1996.

2- Que la definición del rubro presupuestal comprende gastos ocasionados para la Construcción Unidad Deportiva Coliseo de Belén de Umbría.

3- Que la obra es necesaria para el beneficio de la población en el área de recreación y deporte.

4- Que mediante Resolución No. 1800 de Diciembre 20 de 1996, se declaró Desierta la Licitación Pública No. SOP-OC-026-96, porque al cierre de la licitación no se presentó oferta alguna.

5- Que por el valor estimado de la obra, el trámite que debe seguirse es el de la Licitación Pública, según el Decreto ley 80 de 1993 (sic).

5- (sic) Que la[s] base[s] de la Licitación fueron establecidas y aprobadas por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, de acuerdo con la Ordenanza No. 047 de fecha Agosto 08 de 1996 ‘Por la cual se dictan normas para el Diseño, Adjudicación e Interventoría de Obras Públicas en el Departamento de Risaralda y se dictan otras disposiciones’.

Por consiguiente, se dispuso:

“ARTICULO 1o. Autorizar la Apertura de la Licitación Pública No. SOP - OC - 029 - 96 para la ‘LA (sic) CONSTRUCCION COLISEO DE BELEN DE UMBRIA’ por un valor de CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS MCTE (\$462.963.000.00).

ARTICULO 2o. La obra se pagará con cargo a el (sic) Rubro No. 10.01.03.07.10.01.05 (\$89.286.000.00) y (\$373.677.000.00) con cargo a la vigencia de 1997.

ARTICULO 3o. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición”.

- Original del escrito elaborado por el actor, el día 3 de enero de 1997 y radicado ante la entidad demandada ese mismo día (fls. 12 a 14 c 1), mediante el cual le solicitó a la Administración Departamental le <<informe qué sucedió con el proceso de adjudicación de la licitación de la referencia [‘CONSTRUCCION COLISEO CUBIERTO DEL MUNICIPIO DE BELEN DE UMBRIA’], ya que como

proponente cumplí con el requisito de presentar la oferta y me encuentro con la sorpresa de que el día de hoy en el diario de la tarde fue publicado un nuevo aviso de convocatoria a la misma licitación con los mismos requisitos de participación>>.

- Original de la respuesta que se brindó a la anterior petición, por parte de la Jefe de Licitaciones y Contratos del Departamento de Risaralda (fl. 15 c 1), de fecha 9 de enero de 1997, según la cual:

“Efectivamente como lo señala en su escrito, la construcción [del] Coliseo del Municipio de Belén de Umbría fue objeto de licitación No. SOP-OC-026-96; la misma fue declarada desierta, pudiendo por ende la entidad de conformidad con el artículo 12 del decreto 855/94 contratar directamente sin necesidad de obtener previamente ofertas.

En diciembre 24 se solicitaron propuestas a varios profesionales las cuales se allegaron en debida oportunidad, pero basados en los principios de transparencia y selección objetiva se consideró conveniente por el monto a contratar, iniciar proceso licitatorio, pues el pedir ofertas no compromete ni obliga a la administración a contratar.

Queda pues, en manos del jefe del organismo determinar si un asunto que puede ir por el trámite de la contratación directa, ordena que se haga por el procedimiento de la licitación pública, lo que es perfectamente posible y aconsejable para evitar malas interpretaciones, y murmuraciones”.

- Original del oficio proferido por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Risaralda, el día 10 de febrero de 1997, por medio del cual **i)** se discriminaron las personas que adquirieron los pliegos de condiciones para la licitación pública No. SOP-OC-026-96 –entre ellos el actor–; **ii)** se detallaron, igualmente, las personas invitadas por la entidad para que presentaran sus cotizaciones y surtir el trámite de contratación directa, una vez se declaró desierta la mencionada licitación pública –entre ellos también el demandante– y **iii)** se enunciaron los proponentes que presentaron tales cotizaciones (fls. 18 a 20 c 1).

De acuerdo con el anterior conjunto probatorio, la Sala encuentra probado el fundamento fáctico de la demanda, por cuanto las pruebas antes enunciadas permiten determinar que:

- El día 28 de noviembre de 1996, la parte demandada abrió una primera licitación pública, identificada con el No. SOP - OC - 029 - 96, la cual tuvo como objeto la selección de un contratista para la ejecución del contrato de obra pública del Coliseo Municipal de Belén de Umbría en el Departamento de Risaralda;

- Dicha licitación fue declarada desierta, mediante Resolución 1800 de diciembre 20 de 1996, comoquiera que no se presentó propuesta alguna;

- Como consecuencia de tal declaración, la Administración Departamental inició el trámite para adjudicar el contrato en forma directa y, con tal finalidad, el día 24 de diciembre de 1996 invitó al demandante –y a otras personas– a que presentaren sus respectivas cotizaciones, las cuales debían allegarse a la entidad a más tardar el 27 de esos mismos mes y año;

- No obstante lo anterior, el día 30 de diciembre de 1996, el Departamento de Risaralda, por medio de Resolución No. 1867, inició una nueva licitación pública, aunque con una misma denominación a aquella declarada desierta, para llevar a cabo la escogencia del contratista que ejecutare el mencionado contrato de obra pública.

Por lo tanto, se encuentra completamente claro que la parte demandada, una vez declaró desierta la primera licitación pública, promovió un procedimiento administrativo de contratación directa, de conformidad con lo normado en el artículo 12 del Decreto 855 de 1994, Reglamentario de la Ley 80 de 1993, punto que aceptó expresamente la propia entidad demandada y que encuentra soporte probatorio, además, en diversos documentos aportados al proceso, entre los cuales se destacan la invitación efectuada al demandante el 24 de diciembre de 1996 y los términos elaborados por la entidad para regir ese nuevo procedimiento, dentro de los cuales se determinaron: el precio global de la propuesta; el procedimiento para ser calificada y su respectiva fórmula; los *ítems* objeto de calificación; las situaciones que generarían penalización o disminución en la evaluación, con sus respectivos montos a descontar, entre otras cuestiones.

También se halla probado, de acuerdo con el oficio emitido por la entidad demandada el día 10 de febrero de 1997, que con el propósito de adelantar ese trámite excepcional de escogencia directa del contratista, se invitaron a más de 20 personas para que participaren en el mismo, entre ellos el actor (fls. 19 y 20 c 1), sin embargo, la Administración Departamental optó por dejar de lado ese procedimiento administrativo y sin más inició una nueva licitación pública, a través de una decisión adoptada el 30 de diciembre de 1996.

La Sala no comparte, en especial, dos de los argumentos que frente a este tópico ha expuesto la parte demandada; por un lado, aquel según el cual el segundo procedimiento por ella iniciado para tratar de adjudicar el contrato sin licitación pública y ante la declaratoria de desierta de la primera, no le resultaba vinculante; de otro lado, que tal procedimiento nunca se dejó sin concluir porque el mismo prosiguió mediante la apertura de la nueva licitación pública y habría finalizado con la consiguiente adjudicación que se hizo del contrato, después de agotado todo ese nuevo (tercer) procedimiento.

Pues bien, en relación con el primer aspecto, la Subsección partirá de la noción del procedimiento de selección de contratistas denominado contratación directa y, a partir de dicha definición, se determinará si tal mecanismo le imponía, o no, a la entidad que lo promovió la obligación de concluirlo y no dejar –como en efecto ocurrió– una actuación administrativa inconclusa, lo cual permite abordar el segundo tema a analizar y, por ende, establecer si en el *sub judice* se configuró una omisión atribuible al ente demandado, por cuya virtud se abra paso la procedencia de la acción de reparación directa frente al caso concreto.

Respecto de dicha figura, la Sala ha señalado¹:

“2.2.2.- La contratación directa.

*Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley, **pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad**, en general y el régimen de contratación estatal, en particular.*

El numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, estableció de manera precisa, aquellas hipótesis en las cuales la Administración se encuentra facultada para contratar directamente; el legislador no sólo consagró los eventos en que es posible y válido acudir a la contratación directa, sino que también se ocupó de ordenar, al ejecutivo, la expedición de un reglamento de contratación directa, en virtud de las facultades contenidas en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

¹ Sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.324, actor: Rubén Pérez Romero, demandado: Departamento de Casanare.

Así pues, el Gobierno Nacional expidió el Decreto reglamentario 855 de 1994², el cual estableció, en el artículo 3º, algunos aspectos para la selección del contratista en forma directa, **pero sin consagrar un verdadero procedimiento para esta forma de selección**³ sino que, tan sólo fijó y reafirmó algunas pautas básicas para adelantar la selección del contratista en forma objetiva, de tal manera que al proceder con sujeción a la misma, las entidades estatales, necesariamente, debían consultar y observar los principios orientadores de la función pública y aquellos que son propios de la actividad contractual del Estado.

Con ello se quiere puntualizar que el hecho de que la norma legal no hubiere consagrado un procedimiento claro y preciso para la contratación directa, por parte de las entidades estatales, no constituye razón justificativa alguna para que las mismas procedan a seleccionar discrecionalmente a los contratistas, toda vez que la Constitución Política y las leyes vigentes (Ley 80 de 1993) les imponen el deber de aplicar los principios que orientan la actividad contractual y la actividad administrativa en general.

Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, **en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso**". (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

Según se indicó en el aparte transcrito del pronunciamiento del Consejo de Estado, el Gobierno Nacional, al reglamentar la Ley 80 de 1993, por medio del Decreto 855 de 1994, no determinó de manera específica un procedimiento autónomo para el caso de la contratación directa; sin embargo, como lo ha reiterado la Sala, ello no impide señalar –en vigencia de ese ordenamiento jurídico– que las entidades estatales, so pretexto de la ausencia de un trámite para contratar directamente, no pueden dejar de sujetarse a los principios que gobiernan la función pública y en especial a los atinentes a la actividad contractual del Estado, frente a lo cual la Corporación, en diversas oportunidades, ha sostenido⁴:

"(...) el estudio de la contratación estatal debe realizarse a partir de los principios y las reglas que enmarcan y encausan toda la normatividad que la consagra, así como los hechos, actos y estipulaciones de los

² El artículo 3º del Decreto 855 de 1994, fue derogado por el artículo 29 del Decreto 2170 de 2002.

³ El Decreto 2170 de 2002, estableció el procedimiento para la contratación directa.

⁴ Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

contratos, propósito para el cual el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estableció:

'...Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. 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 a 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...'

Además en concordancia con la norma anterior el artículo 28 *ibídem*, dispuso:

'Artículo 28.- De la interpretación de las reglas contractuales. 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'. -se subraya-'

“.....

La ley como se señaló, y lo ha manifestado la jurisprudencia, estableció que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, **son igualmente aplicables a la contratación directa**⁵.

Recapitulando, es menester señalar que la Ley 80 de 1993, Estatuto de General de la Contratación de la Administración Pública, se encuentra fundamentado en los principios constitucionales, rectores de la función administrativa, generales del derecho, de interpretación de los contratos, particulares del derecho administrativo y los establecidos directamente en el mismo, de los cuales la Sala sólo se ocupara de aquellos con mayor incidencia en el asunto en estudio y de aplicación en la etapa precontractual, en tanto la licitación pública y la contratación directa, temas centrales del Decreto 2170 de 2002 demandado, son los dos procesos de selección vigentes que regulan la formación de la voluntad del Estado en esta actividad.

i) Principios constitucionales aplicables a la contratación pública

La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964, 15 de julio de 2004, Exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, Exp. 14.519.

*mandatos y principios de la Constitución Política de 1991⁶, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); **debido proceso** (art. 29), **buena fe** (art. 83 C.P); **responsabilidad** (ar. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.).* (Subrayas del original y negrillas de la Sala).

Dentro de los mencionados principios rectores de la contratación estatal y en general de la función administrativa, la Sala destaca el principio de la buena fe, respecto del cual, con amplitud, se ha predicado lo siguiente⁷:

“La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual [l]as 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 aquéllos adelanten ante ésta⁸.

La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.⁹

Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.¹⁰

En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la

⁶ Se dijo en la exposición de motivos: “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias...”. BENDECK OLIVELLA, Jorge, *Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992*, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

⁷ Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-892 de 2001 dijo: “En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas’.

⁹ Ver a este respecto. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, págs 44 y ss.

¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ, Pérez Jesús, *Ob. Cit.* págs. 45 y 46.

celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,¹¹ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad¹², lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:

‘La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público (...) permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto 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’.¹³

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.¹⁴ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del

¹¹ Vid. DÍEZ PICAZO, Luis, “La Doctrina de los Propios Actos”, Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

¹² Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-892 de 2001.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Exp. 8830.

vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Este principio general tiene fundamental desarrollo en el proceso de formación de los contratos estatales a través de los principios de transparencia y economía, como que son deberes de la administración, entre otros, elaborar un pliego de condiciones que contenga reglas objetivas, justas, claras y completas que no induzcan a error¹⁵, precisar el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios necesarios, no fijar condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de las responsabilidades por los datos que se suministren (24 No.5 de la Ley 80 de 1993); conceder las etapas y oportunidades para que los interesados conozcan y controviertan los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, colocando incluso los expedientes a su disposición (art. 24 Nos. 2 y 3 *ibídem*); así como tampoco exigir, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa se encuentren previstos en leyes especiales (art. 25 No. 15 *in fine*).

Expresión de este principio también resulta, por ejemplo, el criterio de inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, **le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Al respecto, ha dicho la Sala que este comportamiento se encuentra proscrito en tanto viola los principios de la contratación y constituye un asalto a la buena fe para con los proponentes.**¹⁶ O, igualmente, **atenta contra la buena fe la interrupción intempestiva y sin causa justa que da lugar a la**

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999: ‘...Se quiere significar con lo anterior que, si bien es cierto a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que a la fijación de los pliegos corresponde, específicamente, el referido a la materia puramente técnica propia de los requerimientos del proyectado contrato, no lo es menos que, respecto de la materia de naturaleza comercial que habrá de proyectarse a futuro en el contenido del contrato estatal, está sujeta a observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionada, amén de la de legalidad, sino de la misma manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esta etapa prenegocial, no pudiendo la entidad licitante, so pretexto de la facultad de fijación unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos comerciales, que desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas ...’.

¹⁶ ‘...Los proponentes debían saber como iban a ser juzgadas sus propuestas y no podían ser asaltados en su buena fe. No estaba permitido cambiar los criterios de selección, pues en tal evento la escogencia resultaría a todas luces ilegal. Ahora, en los términos de referencia del contrato, debían establecerse claramente los parámetros sobre los cuales se iba a hacer la selección, sin que pudiera la administración modificar esas directrices. Ese procedimiento indicaba la seriedad que tenía la administración de llegar a la celebración del contrato, seriedad que comprometía su responsabilidad y paralelamente a ella se comprometían quienes se acogieran a ese llamamiento a través de la presentación de una propuesta....’ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 21 de abril de 2004, Exp. 12.960.

frustración del proceso de selección o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato¹⁷.

“...(...)...”. (Negrillas de la Sala en esta oportunidad).

Como se dejó indicado, en el caso que ahora se examina se determinó que la entidad pública inició claramente un procedimiento de selección directa del contratista, a partir de la declaratoria de desierta de la primera licitación pública, actuación que, frente al actor, se surtió desde el 24 de diciembre de 1996, mediante la invitación que se le hizo para que presentare su respectiva cotización y una vez la parte demandada obtuvo la totalidad de las ofertas por parte de quienes llamó a hacerlo –entre ellas la del demandante–, se abstuvo de continuar con tal procedimiento sin haber proferido decisión expresa al respecto, pues transcurridos tan solo tres (3) días desde la fecha señalada como vencimiento del plazo para presentar las cotizaciones, procedió a dar apertura a una nueva licitación pública, sin que sea de recibo el argumento de que esa actuación precontractual no vinculaba a la entidad, cuando ella misma la inició y, al hacerlo, quedó sujeta a los principios que informan y gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de buena fe, pero decidió dejarlo inconcluso.

Lo anterior no quiere significar, en modo alguno, que el Consejo de Estado rechace o censure la decisión que adoptó el Departamento de Risaralda en abrir una nueva licitación pública para adjudicar, como se hizo, el contrato de obra pública para la construcción del Coliseo del Municipio de Belén de Umbría, pues tal decisión, según la parte accionada, obedeció a la intención –de entrada plausible– de realizar un procedimiento transparente y objetivo de cara a la escogencia del contratista, procedimiento que con los mismos valores y características, bueno es precisarlos, debía igualmente garantizarlos en el caso de la contratación directa, sin embargo, ocurre que en este asunto la competencia de la

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 13.405. “...**En este orden de ideas, se configura la responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo cuando la administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción o omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar el proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la administración compromete su responsabilidad civil, como también la compromete el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas. (...) En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo (...)** De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido...”. (Destaca la Sala en esta oportunidad).

Sala se restringe a determinar si la acción de reparación directa resulta procedente frente a un caso particular y especial como el que ahora se analiza y no se extiende a efectuar, porque la sola acción ejercida y las pretensiones de la demanda lo impiden, un análisis relacionado con la legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad demandada con ocasión de las diversas etapas y procedimientos contractuales por ella promovidos y mucho menos si resultaba procedente, primero, iniciar un procedimiento de contratación directa ante la declaratoria de desierta de la primera licitación y, segundo, si una vez promovido este procedimiento excepcional, podía abrir una nueva licitación.

En esa orientación, debe precisarse que lo pretendido mediante las consideraciones expuestas apunta exclusivamente a resolver el planteamiento que la parte recurrente ha realizado a lo largo de las instancias del proceso, consistente en sostener que según ella el solo hecho de iniciar un procedimiento contractual, como el de la escogencia del contratista mediante la modalidad de contratación directa no le resultaba vinculante y que, por ello, podía abrir una nueva licitación pública, cuestión que le impone a la Corporación desestimar tal argumento, pues sin adentrarse de lleno a una controversia eminentemente contractual, mal haría en dejarse sin resolver un planteamiento de tal naturaleza, máxime cuando el mismo constituye el punto de partida para establecer la viabilidad de la acción ejercida, por cuanto de ahí pende la omisión en cabeza del ente demandado.

En efecto, al estar completamente sentado que el Departamento de Risaralda inició un nuevo procedimiento administrativo de selección contractual después de declarar desierta la primera licitación pública y que el mismo, según los postulados de la contratación estatal –en especial el de la buena fe– sí le resultaba vinculante, debía adoptar una decisión en relación con **ese** procedimiento y no con otro, como lo hizo más adelante al abrir una nueva y diferente licitación pública, todo con el fin de definirle a quienes presentaron oferta, su situación frente a la contratación directa que se llevaría cabo y para cuyo efecto fueron convocados, de modo que el silencio de la entidad frente a tal actuación, constituye una omisión administrativa, por cuya virtud se abre paso la procedencia de la acción de reparación directa, en los términos en los cuales fue ejercida desde el inicio de la litis.

Ahora bien, el análisis acerca del cuál era la manera en la que la Administración debió finalizar ese procedimiento administrativo corresponde a un aspecto que resulta ajeno al tema que aquí se define, comoquiera que, se insiste, los razonamientos expuestos obedecen y se encaminan a esclarecer la procedencia del ejercicio debido de la acción ante la existencia de una omisión o abstención, más precisamente, atribuible a la entidad demandada, que al parecer le causó un daño antijurídico al actor –aspecto que se analizará más adelante– y que, por ende, torna procedente la acción ejercida, de conformidad con lo normado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor literal:

*“ARTICULO 86. ACCION DE REPARACION DIRECTA. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, **una omisión**, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”. (Se destaca).*

En línea con lo expuesto, resulta inaceptable que se quiera entender y sostener que el procedimiento de contratación directa habría continuado su curso a través de la apertura de una segunda licitación pública, por cuanto se trata de figuras que, aunque se rigen igualmente por los postulados de la contratación estatal y en ambos debe darse aplicación, además, a los principios de transparencia y de selección objetiva, lo cierto es –bueno es repetirlo– que se trata de figuras distintas, edificadas y consagradas frente a situaciones también diferentes, las cuales consagran trámites y etapas asimismo diversas frente a cada una de ellas.

Finalmente, la Sala estima que el argumento expuesto por el Ministerio Público, según el cual la parte actora debió demandar el acto por medio del cual la entidad abrió la nueva licitación pública y aquel que esgrimió la parte demandada –en sus alegaciones finales en segunda instancia–, que de la mano con el anterior planteamiento, se encaminó a sostener que el actor debió demandar el acto tácito contenido en la Resolución 1867 de diciembre 30 de 1996, son argumentos que no están llamados a prosperar, por cuanto ello constituirá un palmario cercenamiento de los Derechos-principios a la prevalencia del derecho sustancial y en especial al del acceso a la Administración de Justicia, máxime cuando dentro de la aludida, diferente y nueva decisión administrativa, ajena por completo al procedimiento de contratación directa promovido por la entidad, ni siquiera se hizo referencia, mención o alusión al mismo.

Ciertamente, imponerle a la parte actora una exigencia de tal dimensión, resultaría una decisión arbitraria y desconocedora de sus derechos, dado que existe una omisión atribuible al ente demandado y, frente a la misma, el Legislador previó la acción de reparación directa como mecanismo autónomo para pretender el resarcimiento de los posibles perjuicios que a través de tal abstención se le habrían producido, a lo cual conviene agregar que la parte actora ha sido clara, coherente y consistente desde el inicio de la litis, a través de una *causa petendi* que goza de un fundamento fáctico y probatorio sólido.

Así las cosas, la Subsección estima que la acción que en esta oportunidad se ejerció sí resulta procedente, frente a lo cual también vale la pena destacar que la Corporación, ante un caso similar, se pronunció en una línea paralela, a saber¹⁸:

“1) La acción intentada por la demandante.

La demandante busca a través de la acción de reparación directa prevista en el art. 86 del C.C.A. que el Hospital San Diego de Cereté le indemnice los perjuicios causados, como consecuencia de la omisión administrativa al no suscribir el contrato que le fue adjudicado para la instalación de una farmacia en dicha institución.

El artículo 86 del C.C.A establece que: ‘... La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa’. De la misma forma el artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el presente asunto el hecho imputable a la administración cuya reparación se pretende, es la no suscripción por parte de la entidad demandada del contrato de arrendamiento de un local dentro de las instalaciones del hospital para el funcionamiento de una farmacia, lo cual a juicio de la demandante le generó graves perjuicios económicos que deben ser indemnizados por la entidad porque se preparó para instalarla y la entidad frustró ese proyecto.

Consecuente con lo anterior, no existe reparo alguno en que sea la acción de reparación directa prevista en el art. 86 C.C.A. la adecuada para definir el litigio planteado por la demandante, porque en ese caso la obligación de indemnizar no tiene origen en los vicios del proceso licitatorio del cual salió favorecida, ni tampoco en un contrato como fuente de obligaciones, ya que éste no llegó a celebrarse, ‘sino en el daño asumido por ella como consecuencia de la omisión del Hospital

¹⁸ Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 13.405. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Santiago de Cereté de suscribir el contrato que le había adjudicado”.
(Subrayas del original).

2.- La caducidad de la acción ejercida.

De otra parte, la Sala precisa que tampoco le asiste la razón al Ministerio Público en cuanto estima que la acción de reparación directa –en el evento de resultar procedente su ejercicio– estaría caducada.

Al respecto debe precisarse que la parte demandante presentó a la entidad demandada un escrito el día 3 de enero de 1997 (fls. 12 a 14 c 1) y a través del mismo le informó a la entidad demandada que ese mismo día conoció de la decisión por cuya virtud se dispuso la apertura de la nueva licitación pública, por manera que a partir de ese día –enero 3 de 1997– se entiende que el actor conoció de la omisión del Departamento de Risaralda.

En efecto, aunque la demanda fue presentada el 12 de enero de 1999 (fl. 41 c 1), no puede predicarse la existencia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción puesto que para el día en que vencía el plazo de dos años consagrados en la ley se hallaba en curso la vacancia judicial y, por lo tanto, se suspendió el cómputo de términos, de modo que la demanda debía presentarse el siguiente día hábil, tal como ocurrió en este caso¹⁹.

La anterior situación no se modifica si como punto de partida del término de caducidad se llegare a adoptar el día 30 de diciembre de 1996, fecha en la cual se profirió la resolución que dio apertura a la nueva licitación pública, entendida dicha decisión como aquella constitutiva de la omisión en la cual incurrió la entidad demandada al no proseguir con el procedimiento administrativo de contratación directa iniciado días atrás, dado que la expiración de dicho término se habría presentado igualmente dentro del término de la vacancia judicial.

¹⁹ En ese sentido, se ha pronunciado la Sala:

*“Ante todo advierte la Sala que la parte demandada alegó la caducidad de la acción, toda vez que los hechos sucedieron el día 28 de diciembre de 1989, lo que querría decir que los 2 años del término de caducidad de la acción de reparación directa se cumplirían el 28 de diciembre de 1991, mientras que la demanda fue presentada el 13 de enero de 1992; sin embargo, debe tenerse en cuenta la vacancia judicial que se presenta entre el 19 de diciembre y el 11 de enero, época durante la cual se suspende la contabilización de los términos; de modo que si el término de caducidad de las acciones se cumple dentro de dicha vacancia, la demanda debe presentarse el siguiente día hábil, una vez terminada ésta; en consecuencia, en el **sub-lite**, la demanda no fue extemporánea, ya que el día 11 de enero fue un sábado, razón por la cual la demanda debía presentarse el día lunes 13 de enero de 1992, como en efecto sucedió (fl. 25, cdo 1)”. Sentencia de 3 de mayo de 2007, exp. 16.180. M.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras decisiones.*

3.- La responsabilidad del ente demandado.

Ha sido enfática la parte actora en sostener que su propuesta habría obtenido el mayor puntaje de la calificación dada por la entidad y que, por lo mismo, se le habría comunicado telefónicamente que le sería adjudicado el contrato.

Por su parte, el ente demandado también ha sido reiterativo en sostener que tal afirmación no es cierta, porque nunca se produjo una evaluación de las ofertas, motivo por el cual no podía existir igualmente una determinada calificación.

La Sala encuentra que el señalamiento expuesto por el actor carece de sustento probatorio, pues en el proceso no existe prueba alguna de que la entidad demandada hubiere realizado una evaluación de las propuestas presentadas y, como consecuencia obligada de ello, que el demandante hubiere obtenido la mayor calificación dentro del procedimiento de escogencia directa del contratista y mucho menos existe prueba de que al demandante se le hubiere dado a conocer la supuesta decisión de la Administración para adjudicarle al contrato.

En efecto, dentro de la respuesta emitida por la Jefatura de Licitaciones y Contratos del Departamento de Risaralda (fl. 15 c 1), no aparece consignado, de manera alguna, que la entidad hubiere decidido adjudicar el contrato al actor, pues lo que allí se registra es que la entidad se abstuvo de continuar con el procedimiento de contratación directa y, en su lugar, optó por promover una nueva licitación pública.

A lo anterior se adiciona que en el proceso rindió su declaración el señor Juan Nelson Estrada²⁰, quien según la demanda le habría comunicado 'telefónicamente' al demandante que su propuesta había obtenido el mayor puntaje y que, por ende, le sería adjudicado el contrato y quien, además, le habría manifestado al señor Casas Garzón <<que no se ausentara de la ciudad por cuanto era preciso notificarle la resolución de adjudicación>> (fl. 28 c 1); dicho testigo desvirtuó por completo tales aseveraciones, según los siguientes términos:

"(...) se presentaron ofertas para la adjudicación directa, pero en el proceso sin determinar un ganador se dijo que era mejor realizar otra licitación ... niego rotundamente que yo haya manifestado ese hecho telefónicamente ... mal también podía yo expresar este hecho, puesto que esas ofertas no se evaluaron (...)". (fls. 41 a 44 c 2).

²⁰ Esta persona ocupaba el cargo de Jefe Administrativo y Financiero de la Secretaría de Obras Públicas de Risaralda, para la época de los hechos.

No obstante que la entidad no elaboró la evaluación y consiguiente calificación de las propuestas y que, por lo mismo, en sede administrativa no existió decisión alguna que favoreciera a alguno de los oferentes, entre ellos el actor, la Sala debe precisar que dentro del proceso se practicó un dictamen pericial encaminado, de una parte, a determinar cuál habría sido la mejor propuesta y, de otro lado, a establecer las utilidades que habría dejado de percibir el señor Miguel Antonio Casas al no habersele adjudicado el contrato (fls. 33 a 40, 50 y 51, 60 a 70 y 87 a 90 c 2).

A juicio de la Subsección, el anterior dictamen pericial –con su respectiva aclaración (fls. 50 y 51 c 2)– ofrece el mérito probatorio y credibilidad suficientes, por cuanto la referida prueba pericial encontró fundamento en el análisis de todas las ofertas presentadas (fl. 90 c 1), las cuales se allegaron al proceso en copia autenticada (cuadernos 3 y 4 del expediente). En efecto, la mencionada prueba técnica se realizó mediante varias etapas y se encaminó a establecer diversos aspectos, a saber:

En una primera oportunidad se dirigió únicamente a determinar la utilidad que habría dejado de reportar el demandante ante la no adjudicación del contrato de obra pública, mediante el procedimiento de contratación directa (fls. 33 a 40 c 2); en esa ocasión se analizó la utilidad, *ítem por ítem*, de la obra y también el A.I.U., con sus respectivos porcentajes, para concluir sobre un monto de utilidad de \$26'181.222, previa aclaración de la pericia (fls. 50 y 51 c 2).

Luego se procedió a analizar la propuesta del demandante frente a las demás ofertas presentadas, teniendo en cuenta básicamente el valor de cada una de ellas (fls. 60 a 70 c 2), con base en lo siguiente:

“EVALUACION DE LAS PROPUESTAS

Para la evaluación de las propuestas calculamos inicialmente los promedios con el valor de las propuestas corregidas (21 en total) y adicionamos el presupuesto oficial, lo que quiere decir que son un total de 22 y teniendo en cuenta que el precio global de la propuesta equivale a 1000 puntos. Seguidamente estos promedios los sometemos a rangos de más o menos quince por ciento (15%), más o menos diez por ciento (10%) y más o menos cinco por ciento (5%), sucesivamente las propuestas que no estaban dentro de estos rangos les dimos 0 puntos (...).”

De acuerdo con lo anterior, los peritos concluyeron finalmente que

“(...) la propuesta de mayor puntaje es la que está más cerca del -5% es decir de \$ 401.731.078.6, por lo tanto corresponde a la propuesta de MIGUEL ANTONIO CASAS, con un valor de \$ 402.314.859.

Conociendo el rango del 5 (con la propuesta más favorable), entramos a obtener el puntaje final de la propuesta a través de la siguiente fórmula, teniendo en cuenta que el precio global es de 1000 puntos:

$$Pi = 1000 \times \frac{(1 - P+F - PI)}{P+F}$$

Pi = Puntaje de cada propuesta.

P+F = valor total corregido de la propuesta más favorable.

PI = valor total corregido de cada propuesta considerada.

DONDE:

$$P+F = \$ 402.314.859$$

$$PI = \$ 402.314.859$$

$$Pi = 1000 \times \left(1 - \frac{402.314.859 - 402.314.859}{402.314.859}\right)$$

$$Pi = 1000 \times (1 - 0)$$

$$Pi = 1000 \times (1 - 0)$$

$$Pi = 1000 \times 1$$

$$Pi = 1000$$

Dado lo anterior la propuesta con mayor puntaje es la del INGENIERO MIGUEL ANTONIO CASAS, por lo tanto termina ocupando el primer lugar”.

Por lo tanto la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 241 del C. de P. C., estima que el dictamen pericial contiene conclusiones que ameritan convicción y certeza acerca de los hechos y cifras objeto de la prueba pericial.

Así las cosas, comoquiera que la omisión de la parte actora llevó a que el procedimiento administrativo de selección directa del contratista resultare frustrado y que con dicha abstención se le causó un daño antijurídico al demandante, dado que se probó en el proceso que su propuesta, en el evento en el cual se hubiere continuado con dicho procedimiento, habría obtenido el mayor puntaje, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del ente demandado.

Al respecto, la Sala ha sostenido²¹:

“2.2 La responsabilidad precontractual en la contratación estatal.

Debe tenerse en cuenta que la contratación estatal es reglada, en tanto la administración para celebrar un contrato debe ceñirse a los procedimientos establecidos por la ley, que no son más que aquellos trámites que debe adelantar y seguir para seleccionar sus contratistas, ya sea a través de la licitación, ya sea por concurso y en casos excepcionales directamente, pero siempre a través de un procedimiento que le obliga a tener presente los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad, responsabilidad y ante todo el deber de selección objetiva (arts. 23 y 29 ley 80 de 1993). Si bien puede valerse de la aplicación de disposiciones civiles y comerciales, también lo es, que es sobre las ‘pertinentes’ (art. 13 Ley 80 de 1993) y que en materia de la responsabilidad que se examina, podrán presentarse algunas similitudes entre la oferta y la aceptación que regula el Código de Comercio con la propuesta y la adjudicación de que trata la legislación de los contratos del Estado, pero nunca con la informalidad y la consensualidad propia del mundo de los negocios privados. De ahí que las fuentes que enriquecen la responsabilidad precontractual en el ámbito civil y mercantil no puedan traerse al ámbito de la contratación estatal en toda su extensión porque allí rige el principio de la solemnidad, en tanto el perfeccionamiento del contrato está condicionado a que el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito (art. 41 ley 80 de 1993).

En este orden de ideas, se configura la responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo cuando la administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción o omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar el proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la administración compromete su responsabilidad civil, como también la compromete el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas.

En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad.

En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio

²¹ Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 13.405. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio.

De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido.

Ligado a la buena fe que se deben las partes en la formación de la voluntad para la celebración del contrato está el principio de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley.

Con fundamento en este principio la administración en la gestión de sus contratos debe respetar la ley en su sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos de condiciones y quienes tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación.

En otras palabras, la administración para seleccionar a sus contratistas debe sujetarse a un procedimiento reglado como lo es el de la licitación y los oferentes como contrapartida deben someterse a ese procedimiento y cuando sea frustrado su interés de contratar con el Estado, tendrán la carga de probar que se sujetaron a las exigencias legales y reglamentarias". (Destaca la Sala).

A lo anterior se adiciona que aunque la entidad demandada elaboró un documento denominado "INVITACION A COTIZAR", dentro del cual se incluyeron algunos aspectos relacionados con la propuesta, tales como el precio global de la misma; el procedimiento para ser calificada y su respectiva fórmula; los ítems objeto de calificación; las situaciones que generarían penalización o disminución en la evaluación, con sus respectivos montos a descontar, pues lo cierto es que en ese documento nada se dijo acerca de los requisitos de participación para el nuevo procedimiento de selección, cuestión que de suyo impide determinar si la propuesta presentada por el demandante se hubiere apartado de los términos exigidos por la entidad de cara a tal actuación precontractual, razón adicional para acoger el peritazgo rendido dentro del proceso, el cual determinó que la oferta del accionante estaría llamada a obtener la primera calificación en el evento en el cual se hubieren estudiado las diferentes ofertas presentadas.

También advierte la Sala, producto de la falta de estipulación de requisitos de participación en el trámite de la contratación directa que se llevaría a cabo, que en el proceso no se advirtió la existencia de causales legales o situaciones fácticas

que pudieren inhabilitar al oferente, en este caso al actor para participar en el mencionado procedimiento de escogencia directa del contratista, amén de que la parte demandada tampoco alegó una de tales circunstancias, pues por el contrario, parte de su defensa la edificó sobre la base de la posibilidad de que el demandante bien pudo hacerse parte dentro de la segunda licitación pública que se abrió –sin consideración al procedimiento de contratación directa iniciado–, situación que permite deducir que el señor Casas Garzón no se habría hallado incurso en causal de impedimento o inhabilidad legal alguna para participar en el trámite promovido por el Departamento de Risaralda para adjudicar el contrato en forma directa.

4.- Indemnización de perjuicios.

4.1.- La Sala se abstendrá de analizar la procedencia, o no, de los perjuicios morales solicitados en la demanda, por cuanto si tal reconocimiento debiere efectuarse, ello comportaría la vulneración del principio de la *non reformatio in pejus* que le asiste a la entidad demandada.

4.2.- Un aspecto que habría comportado un análisis más detallado por parte de la Sala, dice relación con la indemnización de perjuicios solicitados por el demandante y la procedencia de los mismos; sin embargo, la Subsección se limitará a actualizar el monto reconocido por el Tribunal de primera instancia, por concepto de perjuicios materiales, toda vez que este aspecto no fue objeto de reparo alguno por la parte demandada dentro de su recurso de alzada y menos por parte del demandante.

$$\text{Ra} = \$ 13'090.611 \times \frac{\text{IPC Final (107.5 - Mayo/11)}}{\text{IPC Inicial (61.50 - Oct/00)}}$$

Así las cosas, al actualizar a valor presente la suma de \$ 13'090.611, se obtiene un monto de \$ 22'881.962.00

5.- Condena en costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A :

PRIMERO: Modifícase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el día 5 de octubre de 2000, la cual quedará así:

*“1. **Declárase** administrativamente responsable al Departamento de Risaralda, por el daño ocasionado al demandante, de conformidad con lo expuesto dentro de esta sentencia.*

*3. **Condénase** al Departamento de Risaralda, al pago de la suma de \$22'881.962.00, a favor del actor Miguel Antonio Casas Garzón, por concepto de perjuicios materiales.*

*4. **Deniéganse** las demás súplicas de la demanda.*

5. Sin condena en costas.

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

*7. **Expídanse** a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil”.*

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ