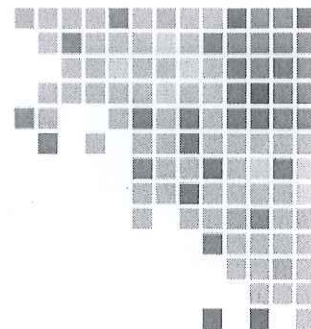




**La Santiago
transforma
tu mundo**

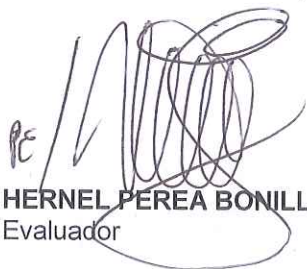


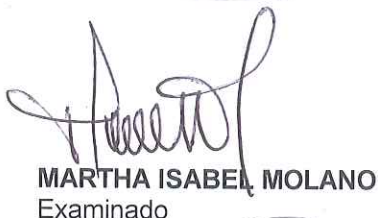
**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ACTA DE SUSTENTACIÓN NO. 94**

En Cali, a los (19) días del mes de octubre del año 2017, en la oficina de la Dirección de los Postgrados en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron en calidad de evaluador, el profesor: **HERNEL PEREA BONILLA** y (los) estudiantes (s) **MARTHA ISABEL MOLANO C.C 29543693** con el trabajo titulado: **“LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO LICITATORIO CUANDO SE INVOCA LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”**

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (hicieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego los jurados interrogaron ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito legal del Trabajo de Grado.


HERNEL PEREA BONILLA
Evaluador


MARTHA ISABEL MOLANO
Examinado


VIVIANA MARCELA GONZÁLEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Administrativo



ISO 9001: 2008
BUREAU VERITAS
Certification

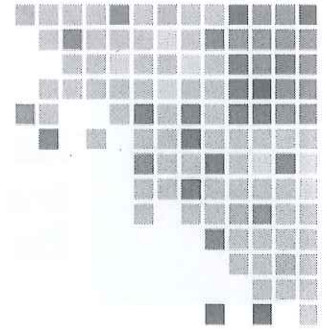


Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia





La Santiago
transforma
tu mundo



NOTA DE ACEPTACIÓN

[Handwritten signature]

Evaluador Trabajo de Grado

[Handwritten signature]

Coordinadora de la Especialización



ISO 9001: 2008
BUREAU VERITAS
Certification



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia



**LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO LICITATORIO CUANDO SE INVOCA LA
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

MARTHA ISABEL MOLANO

C.C. 29.543.693

Ensayo para aspirar al título de:

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SANTIAGO DE CALI

2017

Contenido

	Paginas
Glosario	3
Resumen	6
Introducción	7
1. Marco jurídico de referencia	9
2. La contratación estatal en Colombia	10
2.1 El proceso licitatorio en nuestro ordenamiento	11
2.2. Esquema del proceso licitatorio.....	13
3. Los actos precontractuales del proceso licitatorio.....	14
3.1 El acto de adjudicación.....	14
3.2 La privación del derecho a ser adjudicatario	18
3.3. La necesidad de suspender el proceso licitatorio cuando se ataca el acto previo de adjudicación.....	20
3.4 Derechos fundamentales vulnerados	21
4. Conclusión.....	25
Bibliografía.....	26
Webgrafia	26

Glosario

Licitación Pública: Se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable (Estatuto de la Contratación Estatal artículo 30, numeral 12 párrafo)

Transparencia: El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como: la igualdad respecto de todos los interesados; la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; la garantía del derecho de contradicción; la publicidad de las actuaciones de la Administración; la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración. Conforme a estos parámetros, el Consejo de Estado ha señalado varios casos en los cuales se viola este principio, por ejemplo: cuando una entidad pública se obliga a celebrar contratos futuros con una persona determinada; cuando una entidad pública adjudica un contrato a una persona que presenta dos propuestas diferentes ; cuando una entidad pública adjudica un contrato por medio de una modalidad diferente a la que establece la ley (Colombia Compra Eficiente, síntesis de la etapa precontractual.).

Publicidad: Se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y

que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la Administración, como garantía de transparencia. En otras palabras, el principio de publicidad implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios.

Igualdad: El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones (Colombia Compra Eficiente, síntesis de la etapa precontractual).

Responsabilidad: tiene como propósito fundamental que la gestión pública se desarrolle de manera diligente, recta y transparente, fijando responsabilidades en los servidores públicos y contratistas de la administración que participan en la actividad contractual. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (Estatuto de la Contratación Estatal, artículo 26).

Oferente: persona natural o jurídica que realiza una oferta, pero sin llevar a cabo un proceso o unas condiciones que se realizan en un proceso licitatorio.

Proponente: es la persona natural o jurídica que realiza una propuesta y se encuentra participe de un proceso de licitación, asumiendo las condiciones y límites que se estipulan en el pliego de condiciones.

Actos precontractuales: Los actos administrativos que se expiden con anterioridad a la celebración del contrato estatal son denominados actos previos o separables del contrato, por el hecho de expedirse con antelación a la suscripción de este; pese a que estos actos se expiden con ocasión a la actividad contractual, si estos se expiden antes de que se suscriba el contrato por el hecho de ser previos no pueden ser demandados a través del medio de control de controversias contractuales.

Para demandar actos separados del contrato se deberá interponer un medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho si además de declararse la invalidez del acto se pretende la restitución del algún derecho, según el caso, de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 141 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el cual establece lo siguiente:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso” (Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 141).

Resumen

En el presente trabajo de grado se realiza una recolección, valoración y pertinente análisis de la jurisprudencia nacional y la legislación vigente en Colombia, en materia de licitaciones en la contratación estatal, con el propósito de determinar si la forma en que se desarrolla el proceso licitatorio es el idóneo para mantener las garantías y derechos fundamentales de los licitantes, así mismo es necesario analizar si el quehacer administrativo se aproxima a los ideales constitucionales de transparencia, debido proceso, legalidad y en todo caso que propendan la salvaguarda del bien común y el interés general.

Palabras clave: Contratación estatal, licitación, debido proceso, medida preventiva.

Introducción

El presente trabajo de investigación, realizado para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo, condensa el estudio de la teoría del por qué se hace necesario que las acciones en contra de los actos previos suspendan el proceso licitatorio.

En enfoque conceptual empleado se basa en la normatividad vigente, la forma en que se lleva a cabo actualmente el proceso licitatorio y el análisis de las decisiones jurisprudenciales, la perspectiva del legislador y la mía propia.

La elaboración surge de la necesidad de estudiar con mayor detenimiento un tema trascendental para el Derecho Administrativo y en concreto para la contratación estatal, tal como lo es la conveniencia de la suspensión del proceso licitatorio inmediatamente se a impetrado la acción que ataca un acto previo. De la necesidad de realizar un aporte al debate jurídico que se presenta al respecto, enfatizando en los beneficios que trae al proceso licitatorio y en las garantías que proporciona a los licitantes la introducción de un cambio como este.

La tesis que se plantea es la siguiente; ¿se debe suspender el proceso licitatorio cuando alguno de los licitantes ha iniciado una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de un acto precontractual? Y la misma se decantará mediante el examen de los beneficios que trae para el derecho administrativo dicho cambio y el análisis de las desventajas que acarrea para el proceso licitatorio y para quienes participan en el, la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano estipula el procedimiento.

La complejidad del problema jurídico requiere el análisis del enfoque actual del legislador y la jurisprudencia referente al caso en concreto, lo que se realizó con la presentación de la hipótesis y conclusiones de fácil entendimiento.

Presentado el tema de investigación y planteada la respectiva tesis introduzcámonos en el estudio del título “LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO LICITATORIO CUANDO SE ATACAN LOS ACTOS PREVIOS” poniendo de presente la siguiente consideración;

El creciente aumento en la actividad de contratación estatal, provocado por la participación estatal en los distintos ámbitos de la vida social y económica del país, genera la necesidad de encontrar procedimientos más expeditos, idóneos y céleres, para atender la proliferación de acciones de Nulidad y Restablecimiento del derecho, que se presentan en los procesos licitatorios entre particulares y el estado. Se hace necesaria la creación de una medida jurídica preventiva de carácter obligatorio que garantice la protección de los derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, la igualdad, la libre competencia, la buena fe y la confianza legítima.

1. Marco jurídico de referencia

El presente trabajo está basado en las siguiente normatividad;

Bajo el ordenamiento jurídico del Estatuto General de Contratación Pública, ley 80 de 1993, en aplicación a las normas y principios que rigen los contratos en las entidades Estatales en Colombia.

Ley 1150 de 2007 referente al principio de transparencia, en la puntualización de la prevención y asignación de riesgos expresados en el contrato.

Decreto Reglamentario 2170 del 30 de Septiembre de 2002, donde se mantiene y establece en su contenido modalidades de selección, licitación, o concurso como temática general.

Decreto 2474 del 7 de Julio de 2008, por la cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones.

Ley 1437 de 2011

2. La contratación estatal en Colombia

La contratación Estatal es hoy en día una vertebra dentro del derecho Administrativo, que articula conocimientos jurídicos y una adecuada administración, con el único objetivo de coadyuvar en la satisfacción de los fines esenciales del estado, es un tema relevante no solo en el ámbito legal sino en el constitucional, ya que sus elementos sustanciales y procedimentales apuntan a realizar principios jurídicos tales como la participación, la transparencia, la publicidad y la legalidad. Así pues la contratación Estatal excluye cualquier tipo de improvisación y por el contrario exige la planeación como herramienta clave para la ejecución del tema contractual, lo que obliga a que los procesos estén revestidos de toda legalidad, sin ningún tipo de vicio o contaminación, sin que pueda haber lugar a la vulneración de las garantías y derechos fundamentales de los proponentes, velando porque el debido proceso sea una constante y una prevalencia.

La reglamentación del estatuto general de la Contratación de la Administración Pública (ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2007), han sufrido cambios importantes en los últimos dos años, hasta finales del año 2011 el Estatuto estaba reglamentado por 27 Decretos, debido a esta cantidad de normas que impedían una comprensión y aplicación ágil y expedita del Estatuto, el Gobierno Nacional se dio a la tarea de expedir el Decreto 734 de 2012, norma que unifico en un solo cuerpo normativo toda la reglamentación del Estatuto General de la Contratación y la Administración Pública, pero tan solo 15 meses después de expedir esta norma el gobierno expidió el Decreto 1510 de 2013 que reglamento el sistema de compras y contratación pública, este nuevo Decreto derogó el 734 de 2012 desarrollando un nuevo marco normativo unificado que reglamenta la contratación pública en Colombia, que introdujo cambios demasiado

importantes en cuanto a; la planeación de los procesos de contratación, el registro único de proponentes, los procesos de contratación, el régimen de garantías, la capacidad residual de contratación.

De lo anterior se puede colegir que las reformas introducidas al Estatuto de Contratación Estatal van encaminadas a perfeccionar el proceso, a hacerlo mas eficiente, célere, idóneo y garantista.

2.1 El proceso licitatorio en nuestro ordenamiento

El proceso licitatorio es un proceso participativo, por medio del cual se busca mejores condiciones de contratación, que sean convenientes a determinado proyecto u obra, siempre en beneficio de los fines del estado, es un proceso formal en el que la parte contratante invita a los interesados, a que sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formule propuestas, de las cuales se seleccionara y se adjudicará la más ventajosa y conveniente a los intereses del estado Colombiano, el oferente seleccionado será el que de acuerdo al contratante cuente con las capacidades técnicas, administrativa y financieras que le hagan cumplir cabalmente con el objeto del contrato.

Es un proceso que debe ceñirse estrictamente a los requisitos y procedimientos legales, que garantizan la validez del acto y tienden a respetar los principios de transparencia, legitimidad, igualdad y debido proceso, asegurando la libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes.

Para comprender como se sucede el proceso de Licitación Pública en Colombia, es necesario identificar el procedimiento de las entidades públicas, teniendo como marco de

referencia la ley 80 de 1993, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto Reglamentario 2171 del 30 de septiembre de 2002.

El gobierno del Presidente Juan Manuel Santos reconoció que la compra y contratación pública son un asunto estratégico, por lo cual decidió crear COLOMBIA COMPRA EFICIENTE por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. El Decreto Ley 4170 reconoce la necesidad de crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del Sistema y generar mayor transparencia en las compras y tener una Entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo. Además de disminuir los índices de corrupción que habían incrementado notoriamente en los últimos años. El gobierno tenía la necesidad de crear una entidad que formulara políticas, planes y programas de contratación pública, que promoviera la eficiencia y el cumplimiento de los objetivos, que realizará estudios, diagnósticos y estadísticas, que tuviera la facultad de expedir circulares en materia de contratación pública, que además diseñara un acuerdo marco de precios y que finalmente coordinara los programas de capacitación con las demás entidades estatales (www.colombiacompra.gov.co)

2.2. Esquema del proceso licitatorio

Figura 1. Esquema del proceso licitatorio



3. Los actos precontractuales del proceso licitatorio

Son Actos Administrativos separables o también llamados precontractuales y son aquellos que nacen a la vida jurídica antes de la celebración del contrato, y existen sin necesidad de que el contrato llegue a celebrarse. El tema, sobre los actos administrativos previos a la celebración del contrato y aquellos expedidos con posterioridad a su suscripción, ha sido materia de interesantes debates a nivel doctrinal y jurisprudencial que dieron lugar a desarrollar la teoría de los actos previos o separables del contrato y los actos derivados del contrato o propiamente contractual según que su expedición hubiere ocurrido antes de la celebración del contrato o durante su ejecución, liquidación, o con posterioridad a ésta. Así, se determinó que los actos previos serían impugnables mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y los actos contractuales a través de la acción contractual (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 19001-23-31-000-1994. Mp. Myriam Guerrero)

3.1 El acto de adjudicación

El acto de adjudicación constituye una manifestación unilateral de voluntad por parte de una entidad estatal que se materializa en un acto administrativo por medio del cual la entidad culmina el proceso de selección con la elección del proponente ganador.

En dicho acto debe constar un relato de todo lo sucedido en el curso del proceso de selección, de modo que la entidad incluya todas las razones de hecho y de derecho que justifican la selección del contratista a quien resolvió adjudicar el contrato estatal, ello en armonía con lo previsto en el numeral 7° del art. 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

Adicionalmente, cabe destacar las siguientes características del acto de adjudicación:

Se trata de un acto cuyo contenido es de carácter declarativo, ello quiere decir que éste reconoce la existencia de un derecho en cabeza de uno de los proponentes, por oposición a aquellos actos constitutivos a partir de los cuales nace o surge un derecho a favor de una persona natural o jurídica.

Es el cierre del proceso de selección, en tanto que es allí donde nace el derecho del proponente futuro contratista a celebrar posteriormente el contrato en caso de resultar adjudicatario, de modo que, en otras palabras, el acto de adjudicación tan sólo reconoce un derecho que ya existe en cabeza del oferente desde el momento en que presentó su propuesta.

En los términos del art. 9° del Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. Asimismo contra dicho acto no procede recurso alguno ante la entidad, luego, si alguno de los participantes en el proceso de selección tiene algún reparo frente a dicho acto, deberá demandarlo ante el juez de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, la norma contempla dos supuestos en los cuales, excepcionalmente, la entidad se encuentra habilitada para revocar el acto de adjudicación:

Cuando sobrevenga una inhabilidad en el lapso comprendido entre la adjudicación y la celebración del contrato, o cuando el acto se haya expedido en forma ilegal.

La jurisprudencia ha sido reiterativa al afirmar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para cuestionar la legalidad de los actos precontractuales y obtener la reparación de los daños causados con los mismos, en tanto no se haya celebrado el contrato, estipulación esta que es producto de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de las normas que han regulado el tema, de ahí que, a propósito de lo que

debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia había definido que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, que pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos precontractuales, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato.

De esta manera si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta (30) días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este termino, quien esta legitimado para impugnarlos, solo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir en ejercicio de la acción contractual, y dentro del termino de caducidad de los dos años previstos en el articulo 136 del CCA, ya que a juicio del legislador la indicativa de voluntad del legislador es fijar un limite a la separabilidad de los actos previos, argumentando que a la firma del contrato tales actos se hacen separables del mismo.

De lo anterior se deduce entonces que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales por vía de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, cesan a partir de la celebración del contrato estatal respectivo y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan celebrado los treinta (30) días que otorga la norma como termino de caducidad, opera como causal anticipada para hacer uso de las referidas acciones.

Al respecto la jurisprudencia ha entendido que “ los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos a la celebración del contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del termino de caducidad de treinta (30) siguientes al termino de su comunicación, notificación o publicación, pero que una vez expirado este termino o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría

de actos previos. A partir de ese momento los referidos actos previos solo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada entre otras personas, por los terceros con interés directo, es decir los licitantes o proponentes, en este caso la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como nulidad absoluta del contrato” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 50001-23-31-000-2003-00325-01. Mp. Ramiro Saavedra)

Expuesto lo anterior esta claro que la caducidad opera bien porque se deja vencer el término de treinta (30) días sin impetrar la acción, o porque a pesar de no haberse vencido este termino se celebra el contrato como consecuencia de la ejecución del acto de adjudicación, pero transcurrido el plazo de treinta (30) días para impugnar mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado este, los actos precontractuales como el de la adjudicación, únicamente como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales, la cual podrá ser alegada por las partes contratantes, por el ministerio público o por cualquier persona interesada directamente dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento (Código Contencioso Administrativo, artículo 136, numeral 10, literal e.) Pero esta misma disposición admite que si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Cabe destacar que según la norma procesal contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la titularidad de la acción de las controversias contractuales se encuentra consagrada para cualquiera de las partes del contrato estatal, y para solicitar la nulidad absoluta del contrato se establece también que esta se puede ejercer por cualquier tercero que acredite un interés directo, entonces la legitimación para ejercer la acción de controversias contractuales para que se declare la nulidad absoluta del contrato,

ostentan quienes hayan participado y presentado propuesta dentro del proceso de licitación, en el evento de que se celebre con otro proponente con inobservancia de los requisitos jurídicos establecidos en la ley y en el pliego de condiciones.

3.2 La privación del derecho a ser adjudicatario

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. Así lo ha reiterado la jurisprudencia en varias ocasiones

“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar avante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración” (Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 66001-23-31-000-1995-03254-05, Mp. Ramiro Saavedra Becerra).

Se tiene entonces que, como el procedimiento de selección del contratista está sometido, entre otros, a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, las entidades deben

someter sus actuaciones a lo dispuesto en la ley y en el correspondiente pliego de condiciones, como quiera que el Estado y los participantes están subordinados en idéntica forma a tales normas.

Ahora bien, puede suceder que la ilegalidad del acto de adjudicación se derive de la ilegalidad de alguno de los requisitos previstos en el pliego, a cuyo efecto el juez de la adjudicación bien puede compararlos con el marco constitucional y legal que rige el ejercicio de dicha función administrativa y abstenerse de aplicarlos a la hora de verificar la evaluación de las propuestas, cuando los considere abiertamente ilegales.

De lo anterior se puede colegir entonces que cuando a un oferente se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y esa pérdida de la utilidad esperada es un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, es por ello que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige una indemnización para el oferente Afectado.

“El acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación. (Consejo de estado, sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 5400012331000199813333. Mp. Ruth Stella Correa)

En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción

una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.

3.3. La necesidad de suspender el proceso licitatorio cuando se ataca el acto previo de adjudicación

Si bien es cierto la norma es clara al estipular que una vez suscrito el contrato antes del término de caducidad para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo pertinente y reglado en el ordenamiento legal sería acudir a la acción contractual, considero mediante este análisis que la interposición de las acciones que atacan un acto previo con lo es la adjudicación del contrato, debería a bien suspender el proceso licitatorio para evitar la celebración del contrato, puesto que al suspender la ejecución de dicho proceso licitatorio, se podrían paralizar los efectos de la celebración de un contrato estatal nocivo para la comunidad o el patrimonio público, se evitaría de igual modo la ejecución de un contrato lesivo de los derechos subjetivos invocados por el accionante o que también puedan vulnerar las garantías fundamentales y constitucionales de los participantes en dicho proceso de selección, tal como lo es el derecho al debido proceso; que debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades publicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de todo procedimiento, el ordenamiento

constitucional consagra “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas” (Constitución Política de Colombia, artículo 29).

Así entonces las situaciones de controversia que surjan en cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales.

La suspensión del proceso licitatorio entraría a ser una medida jurídica preventiva de carácter obligatorio que garantizaría la protección de los derechos superiores como el del debido proceso ya mencionado, la igualdad, la libre competencia la buena fe y la confianza legítima.

Desde esta perspectiva y con el fin de lograr un proceso efectivo, transparente, amplio y expedito, surge tanto para el Estado como para la sociedad el derecho y la obligación de impedir, suspender o castigar cualquier conducta o actuación maliciosa, dilatoria o deshonestas dentro de la actividad de la contratación Estatal.

3.4 Derechos fundamentales vulnerados

El hecho de que las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales dejen de ser efectivos ante la suscripción del contrato, implica directamente una violación clara al derecho al debido proceso, en la medida en que el acto de suscripción es desconocida en muchos casos por el accionante y los demás proponentes, es así como la ley le otorga a la simple celebración de los contratos estatales, acto este privado y oculto a los terceros, el efecto jurídico de terminar el plazo para la interposición de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos

precontractuales, y cambiar las normas de impugnación judicial de los actos precontractuales de la administración pública a quienes no intervienen en la firma de los mismos.

En otras palabras un acto privado como lo es la suscripción del contrato produce en efecto el derecho de cambiar las reglas de presentación de las demandas legalmente admisibles contra los actos precontractuales de las entidades públicas.

De esta manera para cualquier proponente demandante, de acuerdo con las normas constitucionales, las normas jurídicas que establecen los términos procesales y también en lo contencioso administrativo para la presentación de demandas, caducidades de las mismas y ejercicio de acciones judiciales contra los actos de la administración, cuentan dichos términos a partir de publicaciones, notificaciones, ejecutorias y otros actos públicos semejantes, con base en los cuales el particular afectado o la persona en general, puede computar el vencimiento de términos para incoar sus acciones a partir de situaciones públicas que ofrecen plena seguridad jurídica. Los hechos con base en los cuales se cuentan los términos procesales son y deben ser hechos públicos, puesto que así lo exige el artículo 29 de la constitución, pues solamente así puede garantizarse la existencia del debido proceso, pero los actos jurídicos realizados en forma privada, que son ocultos a terceros y a los demás proponentes solamente serían procesalmente oponibles a las partes que intervienen en ellos y no a tales terceros, en esa medida los actos con efectos procesales deben ser públicos para que produzcan efectos jurídicos, tal como lo expresa la Carta Política en su artículo 29, pues derecho de defensa como manifestación del derecho al debido proceso, se traduce en la facultad que tiene el interesado para conocer las decisiones que se adopten en el marco de un proceso administrativo que se adelante por la autoridad administrativa, e impugnar las pruebas y providencias contrarias a sus intereses. De tal manera que si estas garantías no le son aseguradas, se está bajo el supuesto de que la administración transgredió su derecho de defensa y con él, el del debido proceso administrativo

Además en relación con los actos de la administración pública, el artículo 66 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establecen el principio de publicidad, es decir la obligación de notificarlos a los interesados y de publicar la parte resolutive en un medio idóneo cuando las decisiones afecten directa o indirectamente a terceros que no hayan intervenido en la actuación, es claro que la norma ha establecido disposiciones que garanticen el respeto del principio de publicidad en las actuaciones de la administración pública como parte del debido proceso, principio este que no esta siendo tomado en cuenta.

En consecuencia una actuación privada y oculta a los terceros interesados en el proceso licitatorio, como lo es la suscripción del contrato trae afectaciones directas e indirectas, ya que la norma descrita en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que desde el instante mismo de la firma del contrato estatal, tanto los terceros interesados como los ciudadanos en general quedan obligados a cambiar la forma de presentación de las demandas y la acción a incoar, tendientes a impugnar los actos previos como el acto de adjudicación. Es así como a partir de ese momento a los terceros interesados en la licitación les esta vedado presentar demandas de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos precontractuales, pero sin embargo ni los interesados ni los ciudadanos en general pueden enterarse sobre el momento de la suscripción del contrato que les modifica los términos y las condiciones procesales dentro de los cuales puede impugnar, situación esta que a toda luz es contraria al principio constitucional del debido proceso, dada la falta de publicidad del acto de suscripción del contrato, que es la columna vertebral del sistema de impugnación de los actos precontractuales.

Además según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad (Constitución Política de Colombia, artículo 209) Que en el campo de la contratación

estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato.

“Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista” (Constitución Política de Colombia, artículo 209)

Aunque el legislador y la jurisprudencia en reiteradas oportunidades signifiquen que esas disposiciones favorecen al proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato, de persistir su interés en impugnarlos podrá hacerlo a través de la acción contractual, a condición de impugnar no sólo los actos sino necesariamente el contrato, que ya para ese momento debe haberse celebrado. Lo que se cuestiona es el hecho de que habiendo impetrado una acción como lo es la nulidad y restablecimiento del derecho para atacar un acto previo, de un día para otro esta termine siendo inútil ante la suscripción del contrato, lo que lo obliga a cambiar la acción y el modelo de la demanda, poniéndolo en desventaja ante su adversario, pues mientras el oferente intenta atacar el acto de adjudicación que es el inicio del cierre de la licitación, por ser un acto lesivo y dañino de sus intereses y los de la sociedad, el proponente ganador ya ha suscrito un contrato que representa el desmedro de los intereses del Estado.

4. Conclusión

La contratación pública es una rama demasiado importante del Derecho Administrativo, y por tanto de extremado cuidado, tanto así que en los últimos años el gobierno del presidente Juan Manuel Santos a vio la necesidad de crear un ente encargado exclusivamente de regular todo lo referente a la materia como lo es Colombia Compra Eficiente, de lo que se desprende que una vez dada la importancia del tema, la contratación estatal y el proceso de licitación publica debe estar sometido estrictamente a lo reglado por la ley, los principios generales de la contratación pública y la Constitución Política, sin que haya lugar a la vulneración de los principios rectores o los derechos fundamentales que poseen los oferentes en todo proceso.

Gracias a la elaboración del presente ensayo puede estudiar con mayor detenimiento un tema trascendental para el Derecho Administrativo y en concreto para la contratación estatal, tal como lo es la conveniencia de la suspensión del proceso licitatorio inmediatamente se a impetrado la acción que ataca un acto previo, como una medida jurídica preventiva de carácter obligatorio que garantizaría la protección de los derechos superiores como el del debido proceso ya mencionado, la igualdad, la libre competencia la buena fe y la confianza legítima.

Bibliografía

Código Contencioso Administrativo

Constitución Política de Colombia

Decreto 2474 de 2008

Decreto Reglamentario 2170 de 2002

Estatuto de la Contratación estatal

Ley 1150 de 2007

Ley 1437 de 2011

Webgrafía

www.colombiacompra.gov.co

www.consejodeestado.gov.co