LEGIS móvil
www.legismovil.com

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB-SECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación: 47 001 23 31 000 2001 00842 01 (31618)
Actor: Licores Cañamar Ltda
Demandado: Industria Licorera del Magdalena
Asunto: Acción contractual (sentencia)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por las partes contra la sentencia de 11 de marzo de 2005, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar, sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones [fls.352 y 353 cp]

ANTECEDENTES

1.- La demanda.

1 La demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2000 por la sociedad comercial LICORES CAÑAMAR LTDA, representada legalmente por Raúl Montoya Flores contra la sociedad comercial INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA, para que se declarara “la nulidad de pleno derecho” de la Resolución número 041 de 14 de junio y de la Resolución número 076 de 2000 “emanadas de la Gerencia de la Industria Licorera del Magdalena”, así como para ordenar a la misma sociedad a indemnizar a la demandante “por la negativa de celebrar el contrato adjudicado”, así como se demandó también al Departamento del Magdalena, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo [fl.4 c1], formulando como pretensiones declarativas: (1) la nulidad absoluta de las resoluciones expedidas por la Industria

Licorera del Magdalena identificadas con los números 041 de 14 de junio de 2000[1] y 076 de 28 de agosto de 2000; (2) como consecuencia de la anterior declaratoria "se le extinga el derecho a cobrar y hacer efectiva judicial o extrajudicialmente el crédito contenido en la poliza [sic] No 025 002170689 de la ASEGURADORA CONDOR S.A"; (3) declarar que la Industria Licorera del Magdalena "está en la obligación jurídica de suscribir el contrato de fabricación, distribución y venta de licores de su industria con la sociedad comercial LICORES CAÑAMAR LTDA y de conformidad con el pliego de condiciones de la Licitación Pública No 006 del 21 de Febrero [sic] del 2.000 y de la oferta del comerciante actor y el acto de adjudicación de dicha licitación y declarar que la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA si no suscribe el contrato está en la obligación de indemnizar al demandante por los perjuicios sufridos por dicho incumplimiento y subsidiariamente el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA deberá responder en caso de que la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA no esté en condición de responder"; (4) declarar que como consecuencia del incumplimiento de la Industria Licorera del Magdalena en la celebración del contrato de fabricación, distribución y venta de licores, la sociedad demandante recibió un perjuicio económico anual que debería ser reconocido; (5) declarar que la Industria Licorera del Magdalena fuese condenada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales a favor de la parte actora en una suma no inferior al veinte por ciento [20%] de las pretensiones, y en subsidio que dicha reparación sea efectuada por el Departamento del Magdalena [fls.4 y 5 c1].

A su vez, como pretensiones condenatorias formuló: (1) que en el evento en que la Industria Licorera del Magdalena no se allanara a suscribir el contrato para la fabricación, distribución y venta de licores, o lo hiciera de manera tardía, debía reconocer a la sociedad actora a título indemnizatorio, "y de manera alternativa",

[1] En "la primera resolución se declara el incumplimiento en la suscripción del contrato para la fabricación, distribución y venta de los licores de la Industria Licorera del Magdalena y se ordena hacer efectiva la garantía NUMERO 025 002170689 expedida en la ciudad de BARRANQUILLA el día 21 de Marzo [sic] del 2.000 por la ASEGURADORA CONDOR S.A. a favor de la GOBERNACIÓN DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA" [fl.4 c1].

las siguientes sumas: (1.1) un "resarcimiento de los perjuicios por el orden de Veintiseis [sic] Mil Seiscientos Cuarenta Millones de Pesos [sic] Moneda Legal Colombiana [sic] ($26.640.000.000.oo M/L)" en caso de no suscribirse el contrato; y, (1.2) "Mil Trescientos Treinta y Dos Millones de Pesos Moneda Legal [sic] ($1.332.000.000.oo M/L) anuales o por el equivalente al retardo en la celebración del contrato" [fl.5 c1].

2 Como fundamento de las anteriores pretensiones la parte actora se sustentó en los siguientes hechos [fls.5 a 11 c1]: (1) la "Industria Licorera del Magdalena mediante la Resolución No 006 del 21 de Febrero [sic] del año 2.000, dio apertura a un proceso licitatorio con el objetivo de seleccionar al proponente que presentase la mejor oferta para la celebración del contrato de derecho estatal de concesión, cuyo objeto era la concesión para la producción, distribución y venta de los licores pertenecientes a la Industria Licorera del Magdalena"; (2) en el pliego de condiciones se estableció "que tanto la solicitud de oferta como la propuesta a ser presentada por los invitados serian [sic] la base para la adjudicación del contrato mismo y que en la suscripción posterior del contrato se le incorporarán "… las condiciones particulares de la oferta y todas las aclaraciones que las partes estimen"[2]; (3) los oferentes debían presentar una garantía de seriedad de la propuesta "por un valor equivalente a un porcentaje de su oferta" a favor del Departamento del Magdalena; (4) el pliego de condiciones de la licitación pública número 001 de 2000 se acompañó "una minuta del proyecto de contrato a celebrar"; (5) el particular seleccionado y a quien se adjudicaba el contrato estaba

[2] "[…] lo que indicaba, era que la propuesta de la persona jurídica seleccionada en la adjudicación además de tener el derecho de celebrar el contrato y conferir unos derechos económicos, constituiría un importante componente de la base de la negociación para la celebración del contrato, ya que: "Simultaneamente [sic] con la notificación el proponente seleccionado de que su oferta ha sido aceptada, la ILM le enviará la Minuta del Contrato, a la cual se habrán incorporado las condiciones particulares de la oferta y todas las aclaraciones que las partes estimen convenientes de acordar. La regla de que la propuesta seleccionada por la Entidad Contratante [sic] mediante el acto de adjudicación, de conformidad a la petición de la oferta y a los términos de referencia elaborados por la Industria Licorera del Magdalena lo que realiza es que le otorga al oferente particular un derecho a celebrar un contrato con negociación a bordo y cuyas bases son la petición de la oferta y la oferta adicionándole lo que se negocie posterior a la adjudicación" [fls.5 y 6 c1].

obligado a celebrar el contrato y a obtener utilidades por su gestión generada del mismo; (6) el pliego de condiciones contenía: (6.1) solicitud de oferta; (6.2) "reglas y condiciones mínimas para la celebración del contrato adjudicado"; (6.3) plazos perentorios dirigidos al particular para la celebración del contrato una vez recibida la comunicación de adjudicación; (6.4) no se concretaron plazos "**para la entrega del contrato para su suscripción y perfeccionamiento por parte de la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA a la sociedad comercial LICORES CAÑAMAR LTDA**"[3]; (7) la sociedad comercial Licores Cañamar Ltda "presentó la correspondiente oferta comercial" dentro de la licitación pública abierta; (8) que de dicha oferta económica "el oferente esperaba en caso de serle adjudicado el respectivo contrato esperaba [sic] obtener una utilidad de Mil Trescientos Treinta y Dos Millones de Pesos Moneda [sic] legal Colombiana ($1.332.000.000.oo M/L) en el primer año y sumas equivalentes en los diecinueve años restantes de explotación comercial de este contrato"; (9) la Industria Licorera del Magdalena "ya tenía conocimiento de la capacidad negocial de la sociedad actora, ya que con anterioridad a la apertura de la licitación tenía celebrado un contrato con el mismo objeto del de la licitación y que estaba a punto de vencerse y se venció"; (10) la Industria Licorera del Magdalena mediante la Resolución número 021 de 3 de abril de 2000 "adjudicó el contrato" a la sociedad comercial Licores Cañamar Ltda, en cuyo artículo 3º se estableció: "Advertir al representante legal de la firma Licores Cañamar Ltda que debe firmar el contrato dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente resolución, so pena de que la Industria Licorera del Magdalena haga efectiva la correspondiente garantía de seriedad de la oferta"; (11) en el pliego de condiciones "se establecía la obligación de suscribir el contrato dentro de los diez (10) días hábiles a la recepción de la notificación de la adjudicación del contrato"; (12) hasta la fecha de presentación de la demanda la

[3] "[…] **eso no quiere decir y menos puede decir que no existía la obligación de la entrega del contrato al particular, la sociedad comercial Licores Cañamar Ltda y que esa entrega la debía realizar la entidad contratante la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA dentro del término de la distancia y que mientras tanto a LICORES CAÑAMAR sólo lo ataba única y exclusivamente la oferta presentada y su vínculo jurídico de que realizaría de buen fe para celebrar el contrato adjudicado, previa la recepción del contrato**".

sociedad comercial Licores Cañamar Ltda no había recibido el texto definitivo del contrato de parte de la Industria Licorera del Magdalena; (13) la Industria Licorera del Magdalena le informó a la sociedad demandante "mediante comunicado de fecha 8 de Abril [sic] resultado de la licitación", donde se avisaba que se anexaba el proyecto del contrato para que se hicieran las observaciones que se creyeran necesarias[4]; (14) por comunicación se informó a la sociedad comercial Licores Cañamar Ltda que por Resolución número 041 de 14 de junio de 2000, se resolvió de plano declarar el incumplimiento, determinándose hacer efectiva la póliza de seriedad de la propuesta; (15) contra dicha Resolución la sociedad Licores Cañamar Ltda presentó recurso de reposición; (16) que por Resolución número 076 de 28 de agosto de 2000 se confirmó lo decidido en la Resolución 041 de 14 de junio de 2000; (17) los "perjuicios que se le están ocasionando a Licores Cañamar Ltda el cobro de una póliza por una cuantía de una suma no menor a Trescientos Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana [sic] (300.000.000.oo M/L) y la imposibilidad de explotar comercialmente un negocio al que tiene todo el derecho subjetivo de explotar y que le debería estar garantizando de utilidad a la sociedad actora de no menos de Mil Trescientos Treinta y Dos Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana ($1.332.000.000.oo M/L) al año, lo que arrojaría por este concepto la suma de Veinte y Seis Mil Seiscientos Cuarenta Millones de Pesos ($26.640.000.000.oo M/L) habida cuenta de que el contrato es por veinte años (20); (18) la "sociedad actora se ha visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales del Dr JUAN ANTONIO PABON ARRIETA, quien le está cobrando un veinte por ciento (20%) de las pretensiones de la demanda en calidad de honorarios profesionales"; y, (19) que "por estar la INDUSTRIA LICORERA

[4] "[…] Como puede observarse, la comunicación procedente de la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA no remite el texto definitivo del contrato a la sociedad comercial LICORES CAÑAMAR LTDA para que lo firmase, **lo que remitió fue un proyecto – borrador para observaciones que crean necesarias; la conducta de la entidad contratante la INDUSTRIA LICORERA DEL MAGDALENA lo que hizo en la realidad material fue que colocó al contratista seleccionado en una imposible posición de celebrar el contrato al cual tenía derechos, toda vez que al no recibir el texto definitivo no podía celebrar el contrato que le fue adjudicado** […] que existiría una negociación del contrato se realizaría con posterioridad y **que lo que tuvo a su alcance el contratista particular fue un proyecto de contrato a celebrar sujeto a modificaciones**, pero tomando como base el pliego de condiciones, la oferta y los acuerdos posteriores" [fl.8 c1].

DEL MAGDALENA en una profunda crisis económica y a [sic] borde de la desaparición, eventualmente y e [sic] su calidad de propietario le corresponde al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA asumir la reparación o las reparaciones de los daños contractuales y extracontractuales que la primera realice o efectúe a terceros".

2. El trámite procesal.

3 Admitida la demanda[5] y notociados la parte actora y el Departamento del Magdalena, el asunto se fijó en lista, contestando éste último oponiéndose a las pretensiones de la demanda[6].

---

[5] Por auto de 5 de marzo de 2002 [fl.80 c1].

[6] Pronunciándose en cuanto a los hechos de la siguiente manera: (1) el primero, cuarto y décimo quinto eran ciertos; (2) los demás consideró que no eran ciertos, argumentando: (2.1) no era "cierto que en el pliego de condiciones el cual sirvió de base para que la Industria Licorera del Magdalena iniciara la apertura del proceso licitatorio No 001 de 2.000, no se haya establecido que para el proponente seleccionado en la adjudicación materia de la litis, esta Industria haya remitido la minuta del contrato de concesión, ni tampoco hubo desconocimiento total de los principios rectores que se rigen para los contrato [sic] estatales pues, esta factoría agotó todo el procedimiento establecido en el articulo [sic] 30 de la ley 80 de 1.980, en el sentido que se encuentra demostrado en el plenario, que la firma cañamar se le dio la oportunidad para que hiciese las observaciones que a bien tuviera en lo relacionado con el pliego, y mas [sic] aun [sic] se le envió la minuta de contrato para los mismos fines, lo que viene a indicar que las partes estaban enterada [sic] de la obligación de suscribir el contrato dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la adjudicación del contrato sin ninguna condición de unilateralidad" [hecho segundo]; (2.2) la "firma de licores Cañamar retardó en forma injustificada en suscribir el mencionado contrato dentro del termino [sic] de diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de la adjudicación, a sabienda [sic] que el señor Raúl Montoya Flores, en calidad de representante de la Empresa [sic] Licores Cañamar Ltda., mediante escrito de fecha mayo 27 de 2.000 realiza la presentación de su oferta y declara en su numeral 4º lo siguiente: "Que conozco los documentos de la licitación aceptando los requisitos en ello contenido", igualmente en el numeral 6º manifiesta que efectuará los tramites [sic] para el perfeccionamiento del contrato en el termino [sic] estipulado en el pliego de condiciones. De otra parte en el numeral 4º indica que en el evento que resultare favorecido con la adjudicación se compromete a suscribir oportunamente el contrato, a otorgar las garantías requeridas y ejecutar todos los actos para el perfeccionamiento del mismo" [hecho tercero]; (2.3) no era cierto que la oferta económica "estaba proyectada a obtener utilidades dentro del primer año por el solo hecho

4 Por auto de 14 de noviembre de 2003 el a quo advirtió que no se había surtido la notificación del auto admisorio de la demanda al representante o Gerente Liquidador de la Industria Licorera del Magdalena, por lo que cumplido esto se nuevamente se fijó en lista el asunto, sin que se hubiese presentado contestación de la demanda por la Industria Licorera del Magdalena.

---

de no suscribirse el contrato materia de la litis después de la perentoriedad de los términos referido [sic] en la adjudicación […] para la Industria era necesario en obtener también las regalías y sus porcentajes adicionales que también fueron dejados de percibir por el retraso injustificado por parte de la firma Licores Cañamar en celebrar perfeccionar el contrato en mención" [hecho quinto]; (2.4) "ni siquiera indicaron si el contrato o proyecto de contrato o minuta de contrato sometido a su consideración fuese objeto de modificación o correcciones en sus artículos o que lo remitían por haberse ajustado al modelo de contrato que hacia [sic] parte del pliego de condiciones" [hecho sexto]; (2.5) no era cierto que el proyecto de contrato no pudiera considerarse como una minuta, planteándose más una "contienda jurídica de interpretación y no semántica, por lo que se trata de dilucidar es que la Sociedad [sic] Cañamar Ltda recibió en sus manos el proyecto de contrato o minuta de contrato que se le sometió a su consideración para ser corregida o modificada, y sin embargo la firma cañamar hace silencio para suscribir el contrato, lo que viene a indicar que para la Industria Licorera del Magdalena se le hacia [sic] dispendiosa esperar por razones económicas y productivas para que la parte actora tomara la decisión cuando a bien tuviera para la celebración del contrato en mención" [hecho séptimo]; (2.6) el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 "faculta a la entidad contarante [sic] a sancionar la efectividad de la póliza de garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta cuando no se ha suscrito el contrato dentro de los términos de referencia o pliego de condiciones", habiéndose comunicado la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 [hecho octavo]; (2.7) no se actuó de plano, ya que la parte actora ejerció el recurso de reposición contra la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 [hecho noveno]; (2.8) la "Industria Licorera del Magdalena no estaba en condiciones de esperar indebidamente la decisión de contratar por parte de la firma Licores cañamar pues, se hacia necesario adjudicarle este contrato a otra firma para evitar una gran perdida [sic] en la producción, distribución y venta de licores dentro y fuera de este Departamento, y poder evitar en esta forma los traumas económicos y administrativos en que se podía padecer en la empresa mencionada, entonces si [sic] se dieron las posibilidades por parte de la firma Cañamar en celebrar el contrato cuando se le había remitido el proyecto o minuta de contrato" [hecho décimo]; (2.9) el gerente de la Industria Licorera del Magdalena sí "estaba autorizado para celebrar estas [sic] clases [sic] de contratos y llevar a cabo todos los actos administrativos relacionado [sic] con esta contratación, competencia que fue autorizada mediante Decreto Ordenanza No 545 de junio 4 de 1.993, artículo 3º, adicionándose el articulo [sic] 6º del Decreto 235 de 1985 donde claramente se autoriza al gerente de la Industria Licorera del Magdalena para celebrar contratos con personas naturales o jurídica [sic]". Se anexó, además, el acta de 21 de febrero de 2000 "mediante la el [sic] señor gobernador de ese entonces le sugiere a los demás miembro [sic] de la junta directiva con mucha urgencia iniciar un proceso de contratación por el sistema de la licitación pública" [hecho undécimo]; (2.10) no se desconocieron los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa [hecho duodécimo]; (2.11) "en el plenario no se encuentran [sic] demostrado el lucro cesante y el daño emergente en que se pudo incurrir la parte accionada en este proceso" [hecho décimo sexto]; (2.12) la Industria Licorera del Magdalena no tenía condicionada su capacidad contractual [hecho décimo séptimo]; y, (2.13) el Departamento del Magdalena no tenía que responder subsidiariamente [hecho décimo octavo].

5 Después de decretar y practicar[7] las pruebas peticionadas, se convocó a las partes para celebrar la audiencia de conciliación el 14 de abril de 2004, y luego se corrió traslado a las partes para presentar alegatos[8], y a su vez al Ministerio Público para emitir el concepto respectivo.

---

[7] Por auto de 18 de diciembre de 2003 [fl.240 c1].

[8] La parte actora radicó el 22 de julio de 2004 sus alegatos de conclusión [fls.306 a 317 c1], en los que reiteró lo sostenido en la demanda, y se agregó: "[…] se infiere de manera lógica y razonable, que lo que debe recibir el contratista en el acto de adjudicación es el texto original del acto administrativo y del contrato y sus copias con la oferta incorporada, ya que si no está incorporada la oferta a la minuta del contrato, no es minuta de contrato, es más, el texto debe contar con la firma del representante legal de la entidad contratante y eso no ocurrió, lo que hizo la demandada de mala fe fue remitir un proyecto de borrador para observaciones. ¿Cómo [sic] va a ser perfeccionado un contrato sin la firma de una de las partes, en particular la firma de la entidad contratante? Es algo imposible para cualquiera, en este caso era imposible para el contratista seleccionado. Tanto esto es así, que a folio 40 aparece como prueba de los trámites de perfeccionamiento de un contrato y queda claro que lo que tiene que remitirse es el original 5.- El texto de la Resolución de Adjudicación [sic] No 021 del 3 de Abril [sic] del 2.000 expedida por la Gerencia de la Industria Licorera del Magdalena le fue notificada personalmente a Raul [sic] Montoya Florez, representante legal de la sociedad comercial Licores Cañamar Ltda el día 21 de Abril [sic] de 2.000, más no se le acompañó a la notificación de la adjudicación el texto del original del contrato a suscribir, es decir, que se le notificó a la sociedad comercial que se le adjudicó el contrato 18 días calendarios después de la expedición de resolución de adjudicación, tardanza que demostraba ya la mala fé [sic] de la empresa estatal y que es inexplicable que el día 8 de Abril [sic] se comunique la decisión de adjudicación y posteriormente se notifique con 18 días de atraso y en ninguna de ellas se anexe el original del texto del contrato a suscribir por el contratista particular adjudicado […] Es el caso de poner de presente que con la comunicación de la resolución a Raúl Montoya Florez no se le citó a recibir la notificación personal, tal y como lo ordena el inciso tercero (3º) del artículo 44 del Decreto Ley 01 de 1.984 y en la diligencia posterior de notificación en las oficinas de la adjudicada no se le entregó a Raúl Montoya Florez la copia integra [sic], auténtica y gratuita del acto de la adjudicación tal y como lo ordena quinto (5º) [sic] de la misma norma aquí citada, por lo que en concreto la notificación fue irregular y frente a los motivos de la sanción hay que darla como no notificada en esas fechas […] lo que debió haberse hecho fue notificar en legal forma y entregarle al adjudicado copia del original y copias del contrato para su firma y perfeccionamiento para la ejecución y no lo hizo la Industria Licorera del Magdalena […] 8.- Los actos administrativos sancionatorios demandados fueron expedidos de plano, sin procedimiento alguno tanto es así que fueron recurridos por ese motivo y por que [sic] se apoyaron en razonamientos infundados tales como de que [sic] se presentó un incumplimiento en la suscripción del contrato por la parte actora cuando lo que se presentó fue que por responsabilidad única y exclusivamente imputable a la Industrial Licorera del Magdalena fue que no se suscribió el contrato. Es bueno poner de presente de que [sic] en el proceso de la referencia no aparece el expediente de la actuación administrativa que condujo a la expedición de los actos administrativos sancionatorios y **no aparece por la sencilla razón de que no hubo procedimiento administrativo**. Al dictarse de plano una sanción, la Industria Licorera del Magdalena le desconoció a la parte actora el derecho constitucional a la defensa técnica y al debido proceso […] 10.- La conducta antijurídica de la Industria Licorera del Magdalena le ocasionó a la parte actora un perjuicio económico serio cual fue el de la ganancia que estaba incorporada en la oferta comercial […] de la ejecución de actividades industriales y comerciales por vente [sic] años […], más perjuicios por la contratación de un abogado que cobra un veinte por ciento (20%) por concepto de honorarios profesionales del total de las pretensiones de la demanda y los costos del proceso […] 12.- Que el Departamento del Magdalena es solidario con las obligaciones que se deriven de las

3. La sentencia del Tribunal.

6 La Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar profirió sentencia el 11 de marzo de 2005 en la que resolvió (1) declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Magdalena; (2) declarar la nulidad de la Resolución número 041 de 14 de junio de 2000; (3) declarar la nulidad de la Resolución número 076 de 28 de agosto de 2000; (4) como consecuencia de las anteriores nulidades declaró "extinguido el derecho de las demandadas de cobrar y hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta contenida en la Póliza No. 025 0002170689 expedida por la ASEGURADORA CONDOR S.A."; (5) condenar a la Industria Licorera del Magdalena "en abstracto a pagar a la demandante perjuicios materiales (lucro cesante), los cuales se liquidarán mediante el incidente previsto en el artículo 137 del CPC teniendo en cuenta las bases fijadas en las parte motiva de la presente providencia"; (6) negar las demás pretensiones de la demanda; y, (7) no condenar en costas [fls.352 y 353 cp].

7 Para tomar estas decisiones el Tribunal se sustentó en las siguientes razones y argumentos:

7.1 El a quo declara la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Magdalena al encontrar evidente la falta de aptitud de dicha entidad territorial para acudir procesalmente a la defensa de los actos administrativos demandados, que fueron expedidos por otra entidad descentralizada diferente a ella. Sin perjuicio de lo anterior, como se declaró la

---

pretensiones de la demandas presentadas por la parte actora debido a que la Industria Licorera del Magdalena explota el monopolio de licores destilados departamental en su nombre, y por que [sic] las garantías y su efectividad están constituidas a favor del Departamento del Magdalena y por que [sic] además, la Industria Licorera del Magdalena es una persona jurídica de las denominadas por la doctrina, la jurisprudencia y la ley persona jurídica menor del orden departamental y por qué [sic] el patrimonio de la Industria Licorera del Magdalena es un desprendimiento del patrimonio del Departamento del Magdalena y forma parte de él [sic] mismo patrimonio departamental, más cuando hoy se está liquidando

falta de legitimación procesal, se sostuvo que esto no implicaba exoneración alguna de las indemnizaciones que pudiesen ser ordenadas al condenarse, teniendo en cuenta el estado de liquidación en el que se encontraba la Industria Licorera del Magdalena, como empresa industrial y comercial del orden departamental.

7.2 En cuanto a la violación del debido proceso el a quo consideró que la Industria Licorera del Magdalena violó el derecho de defensa de la sociedad comercial actora al "olvidar dar a conocer al contratista y a su garante el inicio de la investigación en contra de ellos", lo que es mucho más representativo al no haberse ordenado formalmente la apertura de una investigación, supuestos con los que se violó por la Industria Licorera del Magdalena el debido proceso y los artículos 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo.

Consideró el Tribunal que de haberse notificado la apertura de la investigación y oídas las razones del contratista y de su garante "los resultados de la actuación pudieran haber sido diferentes, inclusive para los mismos fines de la contratación que pretendía protegerse", como por ejemplo que la asegurador habría podido hacer uso de la opción legal de proponer la continuación del contrato como garante de la obligación.
Por todo lo anterior, concluyó el a quo que la falta de notificación de la apertura de la investigación y la imposición de plano de la sanción vulneró los derechos de defensa y el debido proceso, razones por las que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

7.3 Ahora bien, respecto a la falsa motivación el Tribunal consideró que la resolución que declaró el incumplimiento no se ajustó a la realidad del momento en el que se adoptó la misma al desconocerse las previsiones del pliego de condiciones, en el sentido que "la minuta anexa al pliego de condiciones no tenía carácter definitivo, sino que habría de ser objeto de modificaciones y ajustes que

surgirían precisamente de la propuesta seleccionada". Siguiendo este razonamiento, el a quo sostuvo que la previsión del numeral 42 del pliego de condiciones "presuponía que la momento de la adjudicación la administración debía enviar al contratista la minuta definitiva a la cual se habrían incorporado" tanto las condiciones particulares de la oferta, como todas aclaraciones que hubiesen estimado conveniente acordar las partes, lo que no ocurrió puesto que la demandada sólo envió un proyecto o borrador preliminar para el contratista procediera a revisarlo y corregirlo.

A lo anterior se agrega por el Tribunal que el período de diez [10] días para la suscripción del contrato sólo era exigible cuando fuese remitido el texto definitivo del contrato para su firma y perfeccionamiento, y no desde el envío de un simple borrador preliminar.

Sin perjuicio de lo anterior, desconocía el Tribunal si hubo respuesta del adjudicatario a las observaciones solicitadas por la administración pública contratante, o si no las formuló, o si existieron negociaciones entre la entidad y el contratista relacionadas con el texto definitivo del contrato, pese a lo cual no se demostró que el adjudicatario haya sido llamado para firmar el contrato, o de su renuencia o negativa a suscribirlo. Luego, según la argumentación del a quo, como la entidad demandada no acreditó que para el momento de la notificación al adjudicatario no entregó "el documento idóneo para ser firmado, fechado y perfeccionado" no podía exigir su suscripción dentro del término estipulado, constituyéndose esto en elementos que permiten derivar la falsa motivación de los actos administrativos demandados, y por tanto su nulidad.

7.4 Dilucidados los anteriores extremos, el Tribunal aborda el reconocimiento de los perjuicios, encontrando que hay una ausencia total de pruebas para acreditar el daño emergente, especialmente por no existir certeza material del mismo, por lo que niega su indemnización.

En relación con el lucro cesante encontró el a quo que en su dimensión no consolidada existía certeza de su ocurrencia, pero para su liquidación desecha el dictamen pericial practicado [con base en tres razones: por sustentarse en "eventuales perjuicios"; por no haber indicado una fuente confiable de la que hizo derivar el perito la información para elaborar sus cálculos; y, por no contar con un "modelo financiero basado en el concepto de valor presente del flujo de caja neto del negocio"], lo que le llevó a condena en abstracto para que se surtiera la liquidación por incidente siguiendo unos criterios que fijó[9].

4. Los recursos de apelación presentados.

8 Contra la sentencia de primera instancia se alzaron las partes de la siguiente manera.

9 La parte actora en su recurso de apelación consideró que debía revocarse el numeral primero de la sentencia y condenar solidariamente al Departamento del Magdalena[10]. Así mismo, solicitó que las entidades públicas demandadas fuesen condenadas en costas por haberse configurado la temeridad.

[9] Los criterios son los siguientes: "- La liquidación de perjuicios se limitará exclusivamente al lucro cesante. – Será efectuada mediante dictamen pericial a cargo de peritos en cálculos financieros y contables. – Los peritos utilizarán un modelo financiero de valor presente neto del flujo de caja del negocio, para establecer la cuantía a pagar HOY, en forma equivalente al flujo de dinero (utilidad neta) que se proyectaba recibir por la demandante durante el término del contrato. – Los peritos se apoyaran [sic] en libros, papeles y registros contables de LICORES CAÑAMAR LTDA respaldados con documentos soporte que evidencien confiabilidad de las cifras, así como en documentos de la Industria Licorera del Magdalena sobre producción histórica y proyectada de licores. Los peritos tendrán en cuenta que si bien la liquidación debe responder a los perjuicios de reparación integral y completa, en cuanto debe dejar indemne al demandante, ella tiene carácter compensatorio, siendo un parámetro de obligada observancia no imponer cargas exageradas a la entidad responsable" [fl.351 cp].

[10] "La solidaridad de las demandadas está en que el Departamento del Magdalena es el dueño del monopolio de los licores destilados cuya producción y comercialización eran el objeto del contrato, lo mismo que era el beneficiario de la póliza, a favor suyo estaba. La Industria Licorera del Magdalena, muy a pesar de ser la entidad contratante y ser una persona jurídica, era un instrumento contractual del Departamento del Magdalena" [fl.356 cp].

10 La demandada Industria Licorera del Magdalena en su apelación sostuvo que debía revocarse la sentencia de primera instancia por las siguientes razones: (1) que había una falta de jurisdicción al haberse pactado la cláusula compromisoria; y, (2) que no hubo violación del debido proceso, ya que desde la notificación de la adjudicación del contrato el 8 de abril de 2000 y hasta la fecha de la expedición de la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 transcurrieron dos [2] meses y tuvieron todas las oportunidades legales, observándose las normas constitucionales y legales.

11 Mediante auto de 13 de julio de 2005, el Tribunal Administrativo del Magdalena concedió los recursos de apelación presentados oportunamente por las partes [fl.367 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

12 Mediante auto de 13 de enero de 2006 esta Corporación admitió los recursos [fl.377 cp]. Se decretó y allegó como prueba en segunda instancia copia auténtica de la Ordenanza número 003 de 14 de mayo de 2003, relacionada con el monopolio de licores a cargo del Departamento del Magdalena [fls.384 a 393 cp].

13 En atención a la petición de la parte actora, por auto de 26 de mayo de 2006 se fijó fecha para celebrar audiencia de conciliación el 6 de julio de 2006 [fl.395 cp], fecha en la cual las partes expresaron no tener ánimo conciliatorio.

14 Luego se corrió traslado a las partes por auto de 28 julio de 2006 [fl.420 cp], para presentar los alegatos finales, y en caso de solicitarlo al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

15 La parte actora reiteró lo sostenido en el recurso de apelación, relacionado con la responsabilidad solidaria del Departamento del Magdalena.

16 La demandada Industria Licorera del Magdalena [en liquidación] en sus alegatos planteó (1) que la acción ejercida estaba caducada[11]; (2) que en la valoración de la violación del debido proceso debía el a quo no podía aplicar las normas generales que rigen la actuación administrativa, sino que debía sujetarse a lo consagrado por el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; y, (3) que no hubo falsa motivación ya que el a quo omitió considerar el proyecto de contrato definitivo que obraba en el expediente.

17 En su concepto el Ministerio Público solicitó revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos: (1) la entidad pública que debía integrar el extremo pasivo era la Industria Licorera del Magdalena al haber expedido los actos administrativos demandados, por lo que el Departamento del Magdalena carece de todo aptitud procesal para acudir en defensa de los mismos; (2) no operó la caducidad ya que la ejecutoria del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, Resolución número 076 de 28 de agosto de 2000, se produjo el 9 de octubre de 2000; (3) el primer cargo no procede puesto que el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena si tenía las facultades para expedir los actos administrativos demandados; y, (4) los cargos segundo, tercero y cuarto no estaban llamados a prosperar puesto que la entidad pública demandada actuó acorde a derecho.

18 Se advierte que mediante escrito radicado el 10 de abril de 2014 el apoderado de la parte actora solicitó la aplicación del criterio jurisprudencial de la sustitución

[11] "[…] si la parte actora el día 29 de agosto de 2000 recibió la citación para notificarse personalmente de la Resolución No 076 de 2000, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 del CCA hasta el 5 de septiembre del mismo año debió comparecer a la Industria Licorera para notificarse de dicha decisión, en caso de no hacerlo a partir del día siguiente (6 de septiembre) y hasta el 19 de septiembre de 2000, se entendía surtida legalmente la notificación por edicto. Significa lo anterior que a partir del días [sic] 20 de septiembre del año 2000 comenzaron los *treinta (30) días hábiles* de caducidad de la acción precontractual previstos en el inciso 2º del artículo 87 del CCA, los cuales vencían el día 1º de noviembre del mismo año" [fl.443 cp].

procesal cuando una entidad pública es suprimida, en atención a la liquidación que operó sobre la demandada Industria Licorera del Magdalena, anexándose la Resolución 087 de 17 de septiembre de 2012 por la que se determinó la culminación del proceso de liquidación de la mencionada entidad.

19 No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Como apelaron las partes [actora y demandada Industria Licorera del Magdalena], la Sala de Sub-sección abordará los mismos con el alcance que la Constitución, la ley y la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] han determinado.

2. La Sala debe pronunciarse acerca de la satisfacción de los presupuestos procesales que permitan abordar el fondo de la cuestión litigiosa puesta a su consideración, verificando, en primer lugar, si esta es la jurisdicción llamada a conocer de esta controversia.

2.1. Dicho esto, la Sala recuerda que el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil establece el debe de declarar oficiosamente las excepciones que encuentre configuradas, a excepción de aquellas de prescripción, compensación y nulidad relativa, que demandan la formulación de la parte interesada, a efecto de su tratamiento y decisión por el juez correspondiente [para el caso en concreto debe tenerse en cuenta que la parte demandada en su apelación invocó la configuración de la falta de jurisdicción por estar pactada la cláusula compromisoria].

2.2. Falta de jurisdicción. En consecuencia, se impone al juez verificar oficiosamente si esta es la jurisdicción llamada a conocer de una determinada controversia litigiosa, para lo cual, la Sala considera que estará en presencia de un evento de falta de jurisdicción en aquello casos en los que un proceso judicial ha sido puesto en conocimiento de un juez que pertenece a una especialidad diferente a la consagrada en el ordenamiento jurídico. Para tal efecto, es preciso advertir que si bien es cierto que la jurisdicción, como tal, hace referencia a una de las tres ramas del poder público, a la cual se ha encomendado la administración de justicia, el diseño constitucional colombiano establece diversas "jurisdicciones", las cuales deben ser entendidas como ramificaciones dentro del poder judicial del Estado[12], razón por la cual se configura una falta de jurisdicción, a título ejemplificativo, cuando el ordenamiento jurídico disponga que el conocimiento de un asunto corresponde a la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, habiendo sido adelantado éste ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o cuando habiéndose suscrito cláusula compromisoria o compromiso, una de las partes de dicho negocio jurídico acude a los jueces para demandar una controversia reglada por tales pactos[13].

2.3. En este asunto, la Sala observa que en el plenario obra copia de la minuta de contrato número 01-00, cuyo objeto era la concesión para la producción,

[12] Como lo ha puesto de presente la jurisprudencia constitucional al señalar que apelando a razones de naturaleza política o de eficiencia en la administración de justicia se optó por ramificarla en jurisdicciones especiales: "La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley.
Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado. Conforme a lo anterior, la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.". Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2000. M.P.: Barrera Carbonell.
[13] Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 22 de enero de 2014, expediente 27245.

distribución y venta de licores producidos por la Industria Licorera del Magdalena [fls.220 a 231 c1].

2.4. Del mismo modo, se tiene que en la cláusula trigésima tercera de la referida minuta se trató lo pertinente a la solución de controversias surgidas entre las partes estipulándose la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

> "[…] **TRIGESIMA TERCERA- CLAUSULA COMPROMISORIA:** Cualquier diferencia relacionada con la ejecución de este contrato, asociada a aspectos técnicos, será resuelta directamente por las partes contratantes, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Decreto 2279/89, o las normas que los reemplacen, modifiquen o adicionen. Si la **LICORERA** y el **CONCESIONARIO** no se ponen de acuerdo en la solución a la divergencia en un plazo de treinta (30) días calendario, las mismas serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991 y el decreto 2651 de 1991, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen. La intervención del Tribunal de Arbitramento no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento" [fls.229 y 230 c1].

2.5. Como se observa, la cláusula trigésima tercera contenida en la minuta del contrato establecía los mecanismos de solución de controversias, las cuales exigen dos condiciones específicas: (1) que se tratara cuestiones referidas a la ejecución del contrato; y, (2) que las mismas fuesen de contenido técnico.

Empero lo que aparece de bulto es que ese pacto arbitral no surgió a la vida jurídica por la potísima razón de no haber sido convenido por las partes, toda vez que, de un lado, estaba incorporado en un documento que no fue suscrito por los pretensos contratantes y, de otro lado, no obra ninguna otra prueba que demuestre la celebración de tal acuerdo.

3. Falta de legitimación en la causa. Ahora bien, la parte actora en su apelación aduce que debe revocarse el numeral primero de la sentencia de primera instancia y condenar solidariamente al Departamento del Magdalena.

3.1. Para descartar dicha argumentación es necesario establecer que la legitimación en la causa consiste, de un lado, en ser titular de la relación jurídica, del derecho o del interés que se invoca como fundamento de las pretensiones que se aducen, y, de otro lado, en ser el sujeto frente a quien deben aducirse y controvertirse esas concretas pretensiones[14].

3.2. Por consiguiente, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal sino una condición necesaria para obtener una sentencia favorable a las pretensiones[15].

3.3. En efecto, si quien carece de legitimación en la causa son los demandantes, o alguno de ellos, no se puede acceder a las pretensiones que aducen toda vez que no ostentan la titularidad de la relación jurídica, del derecho o del interés sustancial que les sirve de soporte a sus pedimentos; y si quienes no están legitimados en la causa son los demandados, o alguno de ellos, ninguna pretensión puede ser concedida en su contra puesto que lo pretendido ha debido controvertirse con otro u otros sujetos[16].

3.4. Luego, la falta de legitimación en la causa jamás conduce a una sentencia inhibitoria sino a una decisión de fondo que desestima las pretensiones de la demanda en relación o frente a quienes no están legitimados, según sea el caso[17].

3.5. De acuerdo con el Decreto 235, de 7 de mayo de 1985 expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena [fls.99 a 106 c1] en su artículo 1 se consagró que la "Industria Licorera del Magdalena, creada mediante el Decreto

---

[14] Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.
[15] Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.
[16] Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.
[17] Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510.

686 de 1957 y modificada según Resolución 596 de 1.960 y el Decreto Ordenanzal No. 244 de 1.983, continuará siendo una Empresa Comercial e Industrial del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La Industria Licorera del Magdalena estará vinculada a la Gobernación del Departamento".

3.6. A su vez el Decreto 545, de 4 de junio de 1993, expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena [fls.97 y 98 c1], en su artículo 1 [que adicionó un parágrafo al artículo 2 del Decreto Ordenanzal 235 de 7 de mayo de 1985] consagró que las "funciones a que se refiere este artículo, podrá ejercerla la Industria Licorera del Magdalena, mediante contratación con particulares, de todo o parte, del proceso de fabricación, comercialización y distribución de los licores y alcoholes que actualmente produce y produjo en épocas pasadas", así como en su artículo 2 [que modificó el artículo 6, numeral 13 del Decreto 235 de 1985] estableció que la Junta Directiva de la Industria Licorera del Magdalena podía ordenar "la contratación con particulares, personas naturales o jurídicas, en todo o parte, del proceso de fabricación, comercialización y distribución de los licores y alcoholes que actualmente produce la Industria Licorera del Magdalena, y produjo en épocas pasadas".

3.7. La parte actora demanda la nulidad de las Resoluciones 041 de 14 de junio de 2000 y 076 de 28 de agosto de 2000, las cuales fueron expedidas por el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena en ejercicio de sus facultades legales prescritas en el artículo 7, específicamente en el literal c, del Decreto 235 de 1985 ["Dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la Empresa, conforme a las disposiciones legales, los Estatutos y Acuerdos de la Junta Directiva"], de manera tal que se establece que los actos administrativos demandados fueron expedidos por el Gerente de la mencionada entidad, que para la época de los hechos era una Empresa Comercial e Industrial del orden departamental, que contaba con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por lo

que la controversia jurídica planteada no podía cursarse, ni comprometer al Departamento del Magdalena, sino solamente con aquella persona jurídica pública que expidió los mencionados actos, razones suficientes que llevan a confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Magdalena, al no asistir razón en el pedimento y argumentaciones de la parte actora, ya que para la época de expedición de los actos administrativos demandados la demandada Industria Licorera del Magdalena era una persona jurídica diferente, autónoma y con presupuesto propio al del Departamento.

3.8. Situación diferente es que respecto de la Industria Licorera del Magdalena en el curso del proceso, y específicamente por virtud de la Resolución 087 de 17 de septiembre de 2012 expedido por el Liquidador General de la misma, se culminó el proceso de liquidación determinándose (1) declarar liquidada y terminada la existencia legal de la entidad [artículo primero]; (2) cancelado su número de identificación tributaria [artículo 2]; y, (3) cancelado su registro mercantil ante la Cámara de Comercio del Magdalena, de todo lo cual informa la mencionada Resolución que fue aportada encontrándose el proceso al despacho para fallo por la parte actora a folios visibles 503 a 505 del cuaderno principal.

3.9. Con base en lo anterior, se ha solicitado que operó la sustitución procesal. En cuanto a este fenómeno procesal, se debe tener en cuenta que este se genera cuando se sustituye una parte por otra persona natural o jurídica que está fuera del proceso[18], teniéndose que verificar si se encuadra en alguno de los supuestos del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil [ya que quien sustituye ingresa teniendo los mismos derechos, cargas y obligaciones que tenía el sustituido, pero sin afectar la relación jurídico procesal], que para el caso concreto tiene que ver con la extinción de la persona jurídica Industria Licorera del Magdalena que era demandada al haberse producido su liquidación definitiva a tenor de la Resolución

[18] Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2005, expediente 00110-10 AG. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de febrero de 2011, expediente 19597.

087 de 17 de septiembre de 2012. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera, la sucesión en este tipo de eventos acaece cuando la entidad pública, nacional o departamental, es liquidada definitivamente y sus obligaciones, bienes y derechos son trasladados por norma expresa a otra entidad pública de similar orden[19].

3.10. Luego, al decidirse el fondo del asunto la Sala encuentra que la entidad demandada Industria Licorera del Magdalena efectivamente desapareció de la vida jurídica, debiendo asumir su posición aquella entidad pública que por expresa deferencia normativa tenga la obligación de continuar con el curso del proceso, bien sea por quien asuma sus competencia, o por otro ente público diferente en las que se haga radicar las mismas[20]. En el caso en concreto no se tiene constancia de quién asumió las competencias de la Industria Licorera del Magdalena ya que el Decreto 067 de 11 de marzo de 2002 expedido por el Gobernado del Magdalena no determinó este extremo, razón por la cual no puede afirmar la Sala que haya operado alguno de los supuestos anteriores, por lo que no puede darse por cumplida la sustitución procesal en los expresos términos señalados anteriormente.

4. Cabe estudiar ahora por la Sala los cargos segundo, tercero y cuarto desde dos perspectivas: (1) en cuanto a la ocurrencia o no de la violación del debido proceso por la expedición de las Resoluciones 041 de 14 de junio de 2000 y 076 de 28 de agosto de 2000, del Gerente de la Industria Licorera del Magdalena, que declaró el *"incumplimiento"* del adjudicatario por no haber suscrito el contrato dentro del término fijado en los pliegos de condiciones y aceptado en la propuesta, y exigida la garantía de seriedad, decisión confirmada por el último de los actos administrativos mencionados; y, (2) en cuanto a la no suscripción del contrato.

[19] Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2005, expediente 00110-10 AG. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de febrero de 2011, expediente 19597
[20] Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de febrero de 2011, expediente 19597.

4.1. Ocurrencia o no de la violación del debido proceso. La Sala considera que dentro de las reglas de los procedimientos de selección, y en especial de la licitación pública, concebidas por el artículo 30 de la ley 80 de 1993 [que para la época de los hechos operaba, sin perjuicio de las que se han determinado en la actualidad con base en la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013], la consagrada en el numeral 12 entrañaba la existencia de un procedimiento administrativo para los eventos en los que el adjudicatario no suscribía el contrato correspondiente, de manera que la administración pública al cursar el mismo podía determinar el incumplimiento, ordenar hacer efectiva la garantía de seriedad, y con posterioridad adjudicar el contrato cuando existía un proponente calificado en segundo lugar.

4.1.1. Se trata, sin duda, de la existencia de un procedimiento administrativo que al no contar con reglas específicas debía tener en cuenta las relaciones que podían establecerse entre el procedimiento administrativo regulado en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, artículo 1º a 81, como regla general de los procedimientos administrativos en el derecho colombiano, de tal forma que operaba "en la medida en que la función correspondiente carezca de un tramite específico. En el evento de haberse adoptado un procedimiento administrativo especial para determinada función pública, este debe privilegiarse frente al procedimiento general del Código Contencioso Administrativo. Opera en consecuencia en nuestro derecho, para esta relación de procedimientos, el llamado principio de especialidad normativa regulado en el numeral 1 del artículo 10º del C.C"[21]. En ese sentido, en "materia administrativa este divorcio entre la especialidad y la generalidad no es de mayor profundidad. De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del CCA, el respeto a la especialidad no implica negación de la integración y la complementariedad normativa entre el procedimiento general del Decreto 01 de 1984 y los procedimientos especiales"[22].

[21] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed, 1ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.188.
[22] Ibíd., p.188.

De ahí pues, y esto es sustancial, que las "falencias normativas de éstos últimos que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas, postulados en la Constitución Política y en el mismo Código Contencioso Administrativo, deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte del Decreto 01 de 1984. Bajo este presupuesto, el principio de la especialidad debe ser siempre entendido sin negación del de integración normativa; al fin y al cabo, el Decreto 01 de 1984, en cuanto a los procedimientos administrativos se refiere, contiene las normas generales garantísticas en estas materias, luego no pueden ser desconocidas con un mal entendido y absoluto criterio de la especialidad"[23].

4.1.2. En estos términos, cuando se trate de la aplicación de un procedimiento administrativo como el que se desprende del numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, las reglas con base en las cuales opera no pueden limitarse sólo al contexto de dicha norma, sino que opera el principio de integración normativa, de manera que toda administración pública, y para el caso en concreto la Industria Licorera del Magdalena, está llamada a cumplir con las exigencias y reglas del procedimiento administrativo general contenido en el Código Contencioso Administrativo [decreto 01 de 1984], ya que de no hacerlo podrá degradar, restringir, vulnerar o cercenar el derecho al debido proceso y al derecho de defensa del [de los] administrado [s], lo que implica determinar si el [los] acto [s] administrativo [s] que se produjeron al final del mismo puedan ser cuestionados en un su presunción de legalidad.

4.2. Respeto en todo procedimiento administrativo a las mínimas garantías del debido proceso. Determinado el anterior aspecto, la Sala debe consolidar la idea según la cual todo procedimiento administrativo debe obedecer a las mínimas garantías que se desprenden del respeto al debido proceso, entendido como "el más amplio sistema de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas. Desde el punto de vista

[23] Ibíd., p.188.

formal, en cuanto simple respeto a las garantías del derecho positivo, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando la finalidad primordial de todas las actuaciones administrativas, cual es la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos de impugnación contra las decisiones administrativas. En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones urgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general. Esta concepción formal e igualmente material de ofrecimiento de garantías de manera amplia, donde se crea una especie de carga garantística para la administración frente a los sujetos involucrados en toda actuación administrativa, se observa en el derecho colombiano en la relación normativa conformada por los artículos 29 constitucional y 35 inciso 1º del CCA [hoy artículo 42 de la Ley 1437 de 2011]"[24].

4.2.1. Lo anterior implica que "por mandato constitucional existe una especial carga material en cabeza de las autoridades responsables de las actuaciones administrativas para ofrecer las garantías que sean indispensables, establecidas

[24] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, ob., cit., p.61.

en la Constitución, la ley, o las que requieran en desarrollo de éstas, con el propósito de que los derechos de los procesados administrativamente o de las simples partes procesales no se afecten, o sencillamente para romper cualquier elemento que pueda generar arbitrariedad, oscurantismo o unilateralismo en los trámites procesales administrativos. Lo anterior se complemente de manera magnífica con lo dispuesto en el artículo 35 [42 de la ley 1437 de 2011], según el cual para adoptar una decisión administrativa la autoridad respectiva debió brindar las garantías necesarias y pertinentes a los interesados, sobre todo aquellas derivadas de la audiencia previa, con el propósito de que la misma no surja al mundo jurídico viciada por ilegal"[25].

4.2.2. Luego, cabe reiterar, la afirmación del debido proceso en todo procedimiento administrativo adelantado por la administración pública [de todo orden], o por sujetos investidos transitoriamente con funciones administrativas, debe "garantizar principios como los de audiencia, controversia, participación, alegación, inmediación, publicidad; en fin, todo lo que implique interacción con los sujetos procesales de manera dinámica y no lesiva de su condición y de sus derechos procesales. Coadyuvan a lo anterior los claros mandatos de los artículos 209 constitucional y 3º del CCA [3º de la ley 1437 de 2011], cuando invitan a la prevalencia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción; lo que denota de manera inevitable que la gran responsabilidad de las autoridades administrativas está en materializar lo pertinente dentro de cada actuación para que se den las condiciones de un debido proceso a través de la realización de los principios enunciados. El sistema jurídico colombiano del debido proceso en las actuaciones administrativas se complementa con la relación jurídica conformada por el preámbulo constitucional y los artículos [sic] 29 y 93 del mismo ordenamiento [este último implica la dimensión convencional del debido proceso concretada en los artículos 1.1, 2 y 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos], en concordancia

[25] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, ob., cit., p.62.

con los artículos 2º, 3º, 14, 15, 29, 34, 35 y 36 del Decreto 01 de 1984 [2º inciso final, 3, 36, 37, 42 y 44 de la ley 1437 de 2011]"[26].

4.2.3. En la reciente jurisprudencia constitucional se entiende que el "el debido proceso administrativo se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión. Por lo tanto, se debe indicar que tal derecho no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación"[27].

4.2.4. Así mismo, de acuerdo con la sentencia T-555 de 2010 el debido proceso en las actuaciones administrativas se concreta en dos garantías: "(i) en la

---

[26] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, ob., cit., pp.63 y 64. "[…] El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del Estado de derecho para nuestro caso, de las relaciones entre administración y administrados, con profundas raíces en un régimen de justicia y equidad en permanente articulación de las bases positivas del régimen de garantías procesales, con el propósito de que todos los sujetos involucrados en una actuación administrativa no se vean atropellados por actuaciones arbitrarias, y los fallos realmente sean el reflejo de un derecho material. Desde esta perspectiva, el régimen colombiano del debido proceso en las actuaciones administrativas resulta no sólo material, sino también característicamente formal; pretende la prevalencia del derecho, pero de ninguna manera pugna con el respeto a las disposiciones positivas procesales". Como respaldo jurisprudencial constitucional puede verse: Corte Constitucional, sentencias, T-496 de 1 de agosto de 1992; T-540 de 24 de septiembre de 1992; T-520 de 16 de septiembre de 1992; T-516 de 15 de septiembre de 1992; T-145 de 21 de abril de 1993; T- 393 de 7 de septiembre de 1994; SU-620 de 13 de noviembre de 1996; T-195 de 6 de abril de 1999; T-945 de 4 de septiembre de 2001;

[27] Corte Constitucional, sentencia T-928 de 23 de noviembre de 2010. "[…] Al tener el proceso administrativo una concepción regida por actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final o acto definitivo que regule situaciones jurídicas concretas, podemos decir que cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al derecho fundamental del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública que, como ya se dijo, son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 Superior), los cuales deben respetar y acatar irrestrictamente los particulares que ejercen funciones administrativas".

obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación", por lo que su desconocimiento, siguiendo la jurisprudencia constitucional, "supone también la violación del derecho de acceso a la administración de justicia y transgrede los principios de igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción que gobiernan la actividad administrativa"[28].

4.2.5. Desde la perspectiva probatoria, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera:

> "[…] en materia de recaudo y valoración probatoria, la garantía fundamental del debido proceso que ha de ser respetada es el derecho de contradicción de la prueba [que se asimila en este sentido al derecho de "audiencia" del que habla la ley], siempre y cuando aquella prueba que es objeto de controversia añada hechos o elementos nuevos al proceso de administrativo correspondiente [para el caso en concreto para el procedimiento administrativo sancionatorio por incumplimiento de la suscripción del contrato], que el demandado no hubiera conocido:
>
> "El artículo 29 de la Constitución Política consagra como uno de los elementos del debido proceso el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del demandado. Agrega el texto constitucional que es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso.
>
> Este principio se encuentra vinculado al principio de publicidad y es desarrollado a lo largo del C.P.C.[29], e implica la obligación de ventilar el proceso a la luz de las partes y de los terceros, en procura de la transparencia en todas sus etapas, lo que a su vez permite controlar la administración de justicia, desde el conocimiento que debe tener la parte demandada de los hechos y razones por la cuales es demandada, hasta la contradicción de los fundamentos y resoluciones de la sentencia, pasando por la posibilidad de refutar la petición, práctica y valoración de las pruebas; todo ello con el fin de evitar la arbitrariedad del juez.
>
> Es así como el derecho de contradicción hace parte del de defensa, y va mucho más allá de la mera posibilidad de contradecir las pruebas, pues consiste en "todo medio de oposición a la demanda y al proceso", ya que supone el de oponerse, proponer excepciones, allanarse, presentar demanda de reconvención, proponer impedimentos procesales, entre otras actividades procesales, por lo que el

[28] Corte Constitucional, C-851 de 27 de noviembre de 2013.
[29] Entre otros, el numeral 4º del artículo 37 del C.P.C. impone al juez como deber emplear los poderes que le concede dicho Código en materia de pruebas para verificar los hechos alegados por las partes. Además , el artículo 186 del C.P.C., modificado por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, preceptúa que el juez conserva la facultad oficiosa para la práctica de pruebas aún cuando las partes no hayan solicitado pruebas en aras de la verificación y aclaración de los hechos.

> traslado de las pruebas allegadas al proceso constituye tan solo uno de los elementos del derecho de defensa, cuya finalidad es permitir a la parte contra la cual aduce controvertir los hechos que en ellas se plasman"[30]".
>
> En términos más generales, el Consejo de Estado ha establecido que en materia procesal, lo cual incluye el ámbito del recaudo y valoración de las pruebas, no son admisibles posturas excesivamente formalistas que sacrifiquen la prevalencia el derecho sustancial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 228 Superior; en palabras de esta Sala,
>
> "En todo caso, cabe destacar que la jurisprudencia contemporánea, incluso la de los tribunales de derechos humanos, especialmente cuidadosos en garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, han sostenido que se pueden excusar las insuficiencias de orden procesal, cuando no afectan los derechos sustantivos inherentes a los ritos de que se trate. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró:
>
> 'Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica' [31] [subrayado fuera de texto]
>
> De lo anterior se deriva que aún aceptando, en gracia de discusión, la existencia de algunas de las omisiones indicadas por el libelista, referidas a formalidades procesales, las mismas no serían relevantes en tanto se conservó un adecuado equilibrio que preservó la seguridad jurídica de las partes y su derecho al debido proceso, en especial en lo atinente al derecho de defensa y al de contradicción de la prueba. No puede extremarse el concepto de seguridad jurídica al punto en que impida la concreción de la justicia material, fin último del derecho"[32]"[33].

4.2.6. En cuanto a la violación del debido proceso, y de los derechos de contradicción y de defensa [que comprende los cargos segundo, tercero y cuarto], la Sala encuentra demostrado: (1) que la entidad pública demandada después de dos [2] meses y seis [6] días de expedido el acto de adjudicación y su comunicación decidió por medio de la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 declarar el incumplimiento por la no suscripción o firma del contrato por la sociedad demandante, y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad presentada

---

[30] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de febrero de 2002. Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación No. 11001-03-15-000-2001-0087-01 (REVPI-002). Actor: Francisco José Jattin Safar.

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares del 3 de febrero de 1993, caso Cayara contra el Perú, párrafo 42.

[32] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de junio de 2001. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación No. 11001-03-15-000-2001-0061-01(REVPI). Actor: Humberto Pava Camelo.

[33] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 12 de marzo de 2013, expediente 2011-00125 PI.

con la propuesta de ésta; (2) no obra prueba alguna en el plenario que permita establecer cuándo y qué actuaciones se surtieron para llegar a la decisión anteriormente mencionada; (3) no obstante, contra la misma la sociedad demandante y la aseguradora interpusieron recursos de reposición, que fueron desatados por la Resolución 076 de 28 de agosto de 2000 que confirmó la primera Resolución; y, (4) de las anteriores decisiones obran los edictos emplazatorios con los que se procedió a su notificación de 17 de julio y de 26 de septiembre de 2000.

4.2.7. En la sentencia de primera instancia el a quo encontró violado el debido proceso y los derechos de contradicción y de defensa porque la entidad pública demandada no dio a conocer el inicio de la investigación y no ordenó la apertura formal de la misma, por lo que encontró que las resoluciones demandadas violaron los artículos 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo.

4.2.8. Para la Sala no obra prueba que permita establecer el inicio del procedimiento administrativo que culminó con la expedición de la Resolución 041 de 14 de junio de 2000, lo que exige analizar si esto implica la vulneración de los derechos invocados por la sociedad demandante, y determinados por el a quo.

4.2.9. En el análisis inicial encuentra la Sala que el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo establece que cuando una actuación administrativa es iniciada de oficio, existen en cabeza de la administración pública la obligación de comunicar la existencia de tal actuación y de su objeto. Dicha obligación se debe corresponder con las exigencias de los artículos 34 relacionado con la posibilidad de pedir y decretar pruebas y allegar informaciones de los particulares durante una actuación administrativa, y del artículo 35, en cuanto a haber sido dada la oportunidad a los interesados a pronunciarse en la mis actuación, para con base en ello, en las pruebas e informes disponibles adoptar la decisión motivada.

4.2.10. Pero puede afirmarse, como lo hace la parte actora y como lo determinó el a quo, que la inexistencia de las actuaciones administrativas iniciadas y que dieron lugar a la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 representan una contradicción con el debido proceso, la contradicción y el derecho de defensa, ya que en esencia tales elementos al estar comprendidos dentro del derecho al debido proceso administrativo exige, según la jurisprudencia constitucional, garantizar a todas las personas el sometimiento de la administración pública a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que no reúne el mencionado acto administrativo.

4.2.11. Debe observarse que el procedimiento concebido en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 al regirse por las reglas del Código Contencioso Administrativo, exige que no sólo quien expide el acto administrativo este facultado para el mismo, sino que también se garanticen las instancias dentro del procedimiento administrativo cursado en contra de un particular.

4.2.12. Para el caso en concreto la violación del debido proceso, la contradicción y el derecho defensa se concretó al no haber la Industria Licorera del Magdalena, como administración pública obligada, iniciado el procedimiento administrativo previo, en el que se hubiera convocado al representante legal de la sociedad actora Licores Cañamar Ltda para presentar sus argumentos, alegaciones y medios probatorios respecto a la situación relacionada con la demora o retardo en la suscripción del contrato de concesión que le fue adjudicado por acto administrativo de 3 de abril de 2000, comunicado el 8 de abril de 2000, de manera que la Resolución 041 de 14 de junio de 2000 que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la garantía de seriedad presentada por la sociedad actora surgió al mundo jurídico viciado por ilegalidad [comprendiendo la misma a la Resolución 076 de 28 de agosto de 2000] por las siguientes razones jurídicas: (1) la sociedad Licores Cañamar Ltda por medio de su representante legal o apoderado reconocido no fue oída antes de la decisión, como se demuestra de la

lectura de la parte considerativa del mencionado acto administrativo; (2) desde el inicio de este procedimiento no pudo participar al desconocer la sociedad actora de su inicio, existencia y desarrollo; (3) no tuvo la sociedad actora la posibilidad de ofrecer y producir pruebas dentro del procedimiento administrativo; (4) no pudo controvertir los elementos probatorios con base en los cuales la Industria Licorera del magdalena sustentó su decisión administrativa; y, (5) sólo pudo la sociedad actora ejercer sus derechos al momento de impugnar la Resolución 041 de 14 de junio de 2000, lo que es absolutamente ineficaz para el pleno respeto del derecho al debido proceso, contradiciendo con dicho acto administrativo los artículos 6, 29 y 209 de la Carta Política, y 2, 3, 14, 15, 29, 34, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo [vigente para la época de los hechos], lo que permite a la Sala concluir que debe confirmarse la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de las Resoluciones 041 de 14 de junio de 2000 y 076 de 28 de agosto de 2000, de acuerdo con la motivación de la presente providencia.

4.2.13. Agotado el anterior examen, la Sala se encuentra relevada de determinar si los actos administrativos adolecieron de falsa motivación ya que su presunción de legalidad decayó por vulneración directa del derecho fundamental al debido proceso, por lo que no se proceden los argumentos sostenidos por el a quo en este aspecto.

4.2.14. Ahora bien, si los actos administrativos demandados decaen por nulidad, la Sala debe examinar si dicha declaratoria produce como consecuencia el reconocimiento de perjuicios a favor de la sociedad actora Licores Cañamar Ltda, teniendo en cuenta los elementos fácticos en los que se concreta una situación de no suscripción del contrato adjudicado por esta misma.

4.3. Alcance de la oferta en la contratación estatal. Lo primero que debe dilucidarse es el alcance de la oferta en la contratación estatal.

4.3.1. La oferta de un contrato estatal debe contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico cuya celebración se propone y por supuesto ha de ajustarse por entero al pliego de condiciones.

4.3.2. La oferta,[34] amén de ser seria, es decir de desprenderse de ella que de ser aceptada se entenderá concluido el contrato si el propuesto es consensual o se procederá a suscribir el documento respectivo o a entregar la cosa si el ofrecido es solemne o real respectivamente, y por ser un negocio jurídico recepticio debe ser comunicada al destinarlo, pues sólo en esta medida lo propuesto podrá empezar a generar efectos jurídicos.

4.3.3. Establecido el alcance de la oferta en la contratación estatal, comprendiendo la Sala que la litis produce una discusión relacionada con la etapa precontractual, debe examinarse cómo la oferta, sus exigencias y sus características deben corresponderse con el principio de buena fe.

---

[34] DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, Madrid, 1996, pp.283 y 285. "La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recae la aceptación […] La oferta de contrato es una declaración de voluntad destinada a integrarse en u contrato. De este hecho, algunos autores han deducido que es ella misma un negocio jurídico al que puede calificarse de unilateral. Se habla entonces de una <<autonomía de la oferta>>. Se trataría de un negocio que produce el efecto de atribuir al destinatario un derecho –un derecho potestativo- consistente en perfeccionar mediante la aceptación un contrato". MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil. Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*, Parte Segunda, V.I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pp.147 a 154.
CUADRADO PÉREZ, Carlos, "La formación del contrato en la Propuesta de modernización del Código Civil", en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp.204 y 205. La propuesta de contrato es un acto negocial o prenegocial destinado a su aceptación por parte del destinatario, en aras de producir la formación de un contrato, si bien no cabe sostener su configuración como negocio jurídico unilateral. Representa el último acto de una de las partes para concluir el contrato, pues, una vez dirigida a su destinatario, únicamente queda pendiente su aceptación para que nazca el negocio bilateral […] No obstante, es frecuente que la propuesta de contrato sea el primer acto de una de las partes, con el que se inaugura la fase de tratos preliminares. A pesar de ello, si el destinatario de la misma decide aceptarla, en lugar de iniciar unas negociaciones, habrá dado vida al contrato proyectado por el oferente".

4.4. La buena fe en el iter contractual. La buena fe como principio "debe estar presente en todo el *iter* contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual"[35]. En especial, y aplicable en materia de contratación estatal[36], el artículo 28 de la ley 80 de 1993 lo hace operativo, y cabe integrarlo a lo consagrado por el artículo 863 del Código de Comercio consagra que en el período precontractual las "partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa", ya que en caso contrario deben indemnizar los perjuicios causados.

4.4.1. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera:

> "[…] la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.
> Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.
> Así que entonces, la buena fe objetiva *"que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte[37], y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia"*, es la fundamental y relevante en materia negocial y *"por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo*

[35] NEME VILLARREAL, Martha Lucía, "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", en *Revista de Derecho privado*, Nº 11, 2006, pp.85 y 86.
[36] Corte Constitucional, sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006.
[37] En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva.* En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73.

> *contractual",*[38] cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.
> Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben *"celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."*
> Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho *"constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario."*[39"40].

4.4.2. Determinado el alcance del principio de buena fe, debe afirmarse por la Sala que este es aplicable de manera uniforme tanto a la administración pública que desarrolla un proceso de licitación pública, como a todo proponente que participe en la misma, surtiendo efectos en todas las actuaciones de estos, como por ejemplo en la no suscripción o no firma del contrato que fue adjudicado, de lo que se hace desprender.

4.4.3. Para los eventos de no suscripción o firma del contrato, no puede aceptarse como argumento el convencimiento o creencia del proponente según la cual la exigencia de un requisito que no aparece previsto ni en el pliego de condiciones, ni si plantea en la propuesta, ni fue objeto de aclaraciones, correcciones o modificaciones, y tampoco se incluyó en la minuta del contrato, ya que sería tanto como permitir que obre la buena fe subjetiva que contradice el comportamiento con la que debía corresponderse el proponente para respetar tanto el ordenamiento jurídico, como los postulados de lealtad y corrección.

---

[38] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.
[39] Inciso final del artículo 768 del Código Civil.
[40] Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 24897.

4.4.4. En el escenario precontractual, específicamente en cuanto a la suscripción o firma del contrato, ha de prevalecer la buena fe objetiva, ya que son sustanciales los principios y valores del ordenamiento jurídico que se deben encaminar a la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos, lo que indudablemente se persigue alcanzar con la conclusión del contrato ofrecido, y como quiera que el estatal es solemne, ese comportamiento ajustado a la buena fe objetiva sólo se traduce en una efectiva y real celebración por escrito del negocio jurídico propuesto.

4.4.5. Por último, la Sala examina si cabe afirmar la responsabilidad por parte de quien no persevera en la conclusión del contrato que se ofreció celebrar.

4.5. Responsabilidad en la formación del contrato [Interés negativo e interés positivo]. La responsabilidad en la fase de formación del contrato es uno de los ámbitos de mayor debate jurídico[41], ya que se plantea si su naturaleza es precontractual[42] [cuya base conceptual se hace radicar en la *culpa in contrahendo*[43]], extracontractual[44], "o si estamos ante un *tertium genus*"[45], y con

---

[41] BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, p.751. "[…] Si, como sucede a menudo, la celebración del contrato está precedida de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consultas entre las partes […] es natural que en dicha fase, a cuya disciplina dedica el código civil dos normas fundamentales (los arts. 1337, 1338), se pueden presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe".

[42] TOMÁS MARTINEZ, Gema "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, Nº 1, 2010, p.189. "[…] Lo que denominamos *culpa in contrahendo*, en un sentido amplio, cubre diferentes situaciones como la nulidad del contrato por dolo o fraude empleado por una de las partes contra otra, la falsa representación, los daños personales o pérdidas económicas ocasionadas en la fase de negociaciones preliminares (ruptura injustificada de negociaciones, deberes de información e información confidencial revelada). Actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más en el ámbito de esta última, es decir, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual, sobre los cuales se centra también esta contribución, con especial atención al fundamento de la *culpa in contrahendo*, a lo largo de los tratos preliminares". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001310303620040003701. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1ª ed, 1ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp.418 y 419.

[43] TOMÁS MARTINEZ, Gema "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", ob., cit., pp.189 y 190. "[…] La expresión *culpa in contrahendo* fue forjada por Jhering en 1861 con el fin de referirse con ella a la responsabilidad

qué principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el *neminem laedere*, el abuso de derecho, la equidad, etc., y de la que pueda hacerse derivar la exigencia de indemnizar bien sea el "interés negativo o de confianza" o el "interés positivo o de cumplimiento".

4.5.1. Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato la afirmación del principio de buena fe[46], al que

---

en el periodo precontractual [VON JHERING, Rudolp, WCulpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion genlagten Verträgen", en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen un deutschen Privatrechts*, Nº 4, pp.1.113]. La teoría de Jhering fue el resultado de la aplicación del método de la conocida jurisprudencia de conceptos sobre la base de fuentes romanas relacionadas con la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Según las fuentes romanas, el comprador de buena fe tiene una acción contractual para obtener el *id quod interest*. Puede decirse que esto es así al menos en la etapa del derecho romano clásico". GARCÍA RUBIO, María Paz, "la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo", en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, abril de 2010, p.4. "[…] Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*)". GALLO, Paolo, *Trattato del contratto, La Formazione*, T.I, Wolters Kluwer, Torino, 2010, pp.255 y 258. "dell'intera questione si appropriò Jhering, il quale formulò la teoría in base alla quale se l'invalidità del contratto è dovuta a colpa di uno dei due contraenti, questi è tenuto a risarcire i danni subiti dalla contraparte per aver fatto affidamento nella validità del contratto nei limiti dell'interesse negativo. Jhering, per aggirare le strettoie costituite dal sistema tedesco di responsabilità civile, ancora saldamente ancorato al sistema delittuale romano delle origini, aveva rincondotto la *culpa in contrahendo* nell'alveo della responsabilità contrattuale; conseguente per l'appunto alla violazione dei doveri di corretezza fondati sulla buona fede che si pongono nelle trattative". DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, 1996, pp.271 y 272.

[44] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de mayo de 1970; de 28 de junio de 1989; de 27 de junio de 1990; de 12 de agosto de 2002. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, "Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolp von Jhering. Aproximación doctrinal", en *Revista de Derecho Privado*, Nº 22, enero-junio, 2012, pp.279 y 280. "[…] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ciertamente encaminada por las sendas trazadas por los litigantes, ha sostenido en cambio un carácter extracontractual de la mencionada responsabilidad precontractual (entrelazada en sus considerandos con matices como el del abuso del derecho y el deber de actuación conforme a la buena fe)"

[45] TOMÁS MARTINEZ, Gema "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, Nº 1, 2010, p.188.

[46] TOMÁS MARTINEZ, Gema "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", ob., cit., pp.195 "[…] La buena fe, como una regla ínsita en todos los sistemas legales de tipo continental o de raíz latina ha sido incluida en el borrador como un principio general. Algo que es especialmente destacable y ha sido también subrayado por la doctrina europea". BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.752. "[…] Esto implica que están obligadas a observar reglas de conducta inspiradas en la corrección (es este uno de los casos en los que el término "buena fe" es empleado

debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente[47].

4.5.2. Del principio de buena fe en la fase de formación del contractual cabe afirmar una serie de deberes[48], cuya vulneración o incumplimiento por una de las

---

en un significado ético y objetivo, o sea como sinónimo de "lealtad"). Por tradición se habla en estos casos de *culpa in contrahendo*, con la advertencia de que la noción de *culpa* es usada en una concepción no restringida a la sola esfera de los comportamientos caracterizados por la negligencia, sino incluso comprensiva de expectativas legítimas, como para alterar la distribución normal de los riesgos y de las cargas conexas a la fase preliminar a la estipulación del contrato". ASUA GONZÁLEZ, Clara I., "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p.140. "[…] La invocación de la buena fe como parámetro de conducta extensible a la formación del contrato, que era desconocida en los Códigos decimonónicos, se incorporó expresamente a algunos Código del siglo XX. Referencia habitual de ello, aunque no única, ha sido el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942". VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, ob., cit., pp.420 y 421.

[47] TOMÁS MARTINEZ, Gema "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", ob., cit., pp.193 a 196. En el "Marco Común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual", se defiende la aplicación, entre otros, los siguientes criterios: (1) las "partes deben actuar de buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*) respecto a la formación de un contrato"; (2) la "parte que rompe injustificadamente las negociaciones, habiendo creado una expectativa de que el contrato iba a celebrarse, debe responder. Es importante que la otra parte pudiera legítimamente esperar que el contrato fuera a perfeccionarse de acuerdo con el principio de la buena fe"; (3) la "buena fe se convierte en un elemento presente desde el primer momento y durante todo el periodo de negociaciones"; y, (4) el responsable por la frustración de la celebración del contrato se hace responsable de del daño ocasionado que debe compensar en cuanto al "interés negativo o de confianza", que puede comprender tanto el daño emergente, como la pérdida de oportunidad. El artículo 2:301 de "Los Principios europeos del Derecho de contratos" establece: "Negociaciones contrarias a la buena fe. 1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. 3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte". GARCÍA RUBIO, María Paz, "la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo", ob., cit., pp.5 y 8. En el art. 2.1.15 de los principios *Unidroit*, se establece: "[…] (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, las parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo".

[48] ASUA GONZÁLEZ, Clara I., "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.140 y 144 [cita 12]. "[…] hay deberes de comportamiento en la etapa precontractual porque ello es exigencia de la buena fe […] En la tradición alemana, y como resultado de una *intrincada* elaboración doctrinal y jurisprudencial, los indiscutidos deberes precontractuales de comportamiento se han vinculado a la existencia de una relación obligatoria

partes precontractuales puede derivar en una la responsabilidad precontractual, es decir en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

En la contratación del estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato[49], puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona.

4.5.3. En la doctrina de derecho civil se plantea que "cuando el contrato está ya a punto de ser celebrado, es más fuerte la confianza de la contraparte y pueden ser más onerosos los compromisos colaterales eventualmente asumidos por ésta última"[50]. En estos eventos se producen daños que generan perjuicios que procede su compensación, que pueden comprenderse bajo dos categorías que debe distinguirse: (1) el "interés negativo o de confianza", que comprende aquellos

---

[…] La sentencia del *Reichgericht* de 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239) aludía a una *relación jurídica preparatoria*. En la literatura fue Heinrisch STOLL (<<*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*>>, LZ 1923, pp.523 y ss.) quien sentó definitivamente (porque la idea se había apuntado a unos años antes por VON THUR) que los deberes precontractuales traían causa en una relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales".

[49] ASUA GONZÁLEZ, Clara I., "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.154 y 155. "[…] Un supuesto particular en este universo de casos es el de la interrupción de las negociaciones en el punto en el que (existiendo acuerdo sobre los extremos que habrían de ser el contenido del futuro contrato) se debería cumplimentar un requisito de forma *ad solemnitatem*, de ahí que se hable de negativa a otorgar la forma requerida. En la doctrina alemana, si ambas conocían o debían conocer la exigencia formal, se ha expresado un mayor recelo a establecer una obligación indemnizatoria por parte de quien rehúsa cumplimentar la forma con el argumento de que ello entraría en contradicción con la finalidad perseguida por la ley para establecer la exigencia formal, y dando por bueno que esa finalidad es la de protección contra la precipitación".

[50] BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.753. "[…] Piénsese en la hipótesis en que los sujetos, habiéndose puesto de acuerdo ya sobre todos los elementos esenciales de un contrato de compraventa inmobiliaria, se dan cita en la notaría para el otorgamiento del acto; y supóngase, además, que una de las partes no se presenta a estipular el contrato. El acto, carente de la forma exigida por la ley, no se ha perfeccionado; pero la conducta incorrecta de la parte pudo haber inferido daño a la otra y puede comportar el surgimiento de una responsabilidad precontractual".

gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato[51], como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el "interés positivo", que comprende las "ventajas conexas con la ejecución del contrato"[52], que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

4.6. La obligación de suscripción o firma del contrato. Ahora bien, de acuerdo con la ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones que se expidan dentro de un proceso de licitación pública se debe establecer tanto el plazo para realizar la adjudicación, como el de la firma del contrato, tal como lo consagra el numeral 9 del artículo 30 de la mencionada norma. Así mismo, el numeral 11 del mismo artículo 30 prescribe que el acto de adjudicación del contrato se produce por medio de resolución debidamente motivada y tiene el carácter irrevocable.

4.6.1. Dicho acto administrativo vincula tanto a la entidad pública que lo expidió, como para al adjudicatario, de manera que será exigible lo contenido en el numeral 12 del artículo 30 según el cual si el adjudicatario "no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado", dará lugar a que la entidad pública tenga el derecho a solicitar, como sanción, el valor de la garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de hacer efectivo en el ejercicio de las acciones legales procedentes, el valor de los perjuicios que superen el monto cubierto por la mencionada garantía.

---

[51] BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.760. "[…] La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones (por ejemplo: expensas de correspondencia y telefónicas, transferencias, pericias, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las "oportunidades favorables" eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos".
[52] BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.761.

Adicionalmente, y en aras de preservar la continuidad de la gestión pública, los intereses generales y el cumplimiento de los fines de cada entidad pública, el último inciso del numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, faculta para adjudicar el contrato al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar, si este evento ocurrió, o generar un nuevo proceso licitatorio para determinar el sujeto (s) cuya propuesta resulte viable para concretar el objeto contractual.

4.6.2. La no suscripción o firma del contrato implica [con base en el numeral 12 del artículo 30 y el 31 de la ley 80 de 1993] el deber de indemnizar los perjuicios que haya podido padecer la entidad estatal[53], cuya cobertura se hace efectiva, en principio, por medio de la garantía de seriedad tomada por el contratista con la propuesta presentada, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 16 del decreto 679 de 1994, y en caso de superarse la misma podrá exigirse por acción judicial el mayor valor causado.

4.6.3. En cuanto a la no suscripción del contrato, debe recordar la Sala que es uno de los típicos casos que genera responsabilidad pre-contractual, en cuanto al interés patrimonial negativo o de confianza[54].

---

[53] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1172 de 3 de marzo de 1999, radicación 1172-99. "[…] La no suscripción del contrato estatal hace surgir una responsabilidad de los proponentes frente a la entidad pública, que se traduce en la indemnización de los perjuicios sufridos por ésta, que pueden consistir, por ejemplo, en el valor de los estudios realizados para la licitación o concurso (análisis de la necesidad de los bienes a adquirir o de la factibilidad de la obra o servicio requerido por la entidad, pago de consultores o asesores, etc.), el costo de elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, la publicidad y los costos del proceso licitatorio, el mayor valor de los elementos o de la obra por la inflación o la pérdida de oportunidad en las importaciones de bienes y servicios, dado el transcurso de tiempo que necesariamente se presenta por la no firma oportuna del contrato, etc".

[54] De acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil número 1723, de 30 de marzo de 2006, "desde la perspectiva de la formación del contrato, la licitación que abre la administración pública con base en la ley 80 de 1993 es un llamado a que los particulares empresarios presenten ofertas, sujetándose al pliego de condiciones, que a manera de reglamento ha puesto en vigencia. Las propuestas que le formulen los licitadores son ofertas de contratos, una de las cuales es aceptada por la administración en el acto administrativo de adjudicación. De la oferta y la adjudicación surge el acuerdo de voluntades, que obliga a las partes a suscribir el contrato, dado que debe ser escrito, según las voces del artículo 41 de la misma ley. El licitados debe garantizar la *seriedad de los ofrecimientos hechos*, en los términos legales antes transcritos,

4.6.4. La Sala analizados todos los medios probatorios, y con fundamento en los anteriores argumentos encuentra que el 9 de diciembre de 1998 el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena remitió comunicación al Gerente de la sociedad Licores Cañamar Ltda para que presentara cotización para la distribución de licores[55], y que dicha sociedad participó libre, espontánea y voluntariamente en el proceso de licitación convocado por la Industria Licorera del Magdalena para la producción, distribución y venta de licores.

4.6.5. Como consecuencia de lo anterior, la sociedad actora conoció y examinó los pliegos de condiciones elaborados por la Industria Licorera del Magdalena, sin que obre prueba alguna respecto a observación, aclaración o corrección que haya presentado durante la audiencia celebrada el 13 de marzo de 2000 [según el numeral 3[56] de los pliegos de condiciones], como en ningún otro momento [en los

---

locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público? Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 transcrito antes, el cual dispone que el si el adjudicatario no suscribe el contrato (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que la única situación en la que el licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio, puesto que en éste estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la ley 80 de 1993, si un licitador manifiestas a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho a cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta última resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente".

[55] Comunicación, de 9 de diciembre de 1998, del Gerente de la Industria Licorera del Magdalena, dirigida a Licores Cañamar Ltda [fl.31 c1], con la que se solicitó una cotización para la distribución de los licores de dicha entidad en los siguientes términos: "[…] La Industria Licorera del Magdalena tiene el gusto de invitarlos a presentar una propuesta para asumir la distribución de sus licores en el Departamento del Magdalena y en el territorio nacional. Anexo a la presente encontrarán las bases para la preparación y presentación de su oferta, la cual debe ser depositada en la urna dispuesta para tal fin" [fl.31 c1].

[56] "[…] **3. <u>AUDIENCIA DE ACLARACION DEL PLIEGO DE CONDICIONES</u>.** La audiencia de aclaración del Pliego de Condiciones se llevará a cabo a las 10:00 horas del día trece (13) de marzo del 2000 en las Oficinas de la ILM […]".

mismos términos a tenor del numeral 21[57] de los pliegos de condiciones], por el contrario consta que presentó su propuesta económica el 27 de marzo de 2000, aceptando todas las condiciones derivadas de los mismos pliegos, entre ellos el contenido en el numeral 42[58] que determinaba el deber de suscripción o firma del contrato una vez se haya notificado el acto administrativo de adjudicación, el que se produjo por la entidad pública demandada el 3 de abril de 2000 [el Gerente de la Industria Licorera del Magdalena expidió la Resolución 021 por medio de la que se adjudicó el contrato de concesión para la producción, distribución y venta de los licores producidos por la Industria Licorera del Magdalena a la firma Licores Cañamar Ltda, se ordenó notificar de esta personalmente a su representante legal y se advirtió "al representante legal de la firma LICORES CAÑAMAR LTDA que debe firmar el contrato dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente resolución, so pena de que la Industria Licorera del Magdalena haga efectiva la correspondiente Garantía de Seriedad de la Oferta" [fls.37 y 38 c1], y fue comunicada al representante legal de Licores Cañamar Ltda el 8 de abril de 2000, momento en el cual se le remitió el proyecto de contrato para tales efectos.

4.6.6. Después de comunicada la adjudicación, el 8 de abril de 2000, y remitido el proyecto de contrato [con la que se informó que la mencionada sociedad comercial

---

[57] "[…] **21. ACLARACION DE LOS DOCUMENTOS DE LA LICITACION** Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que compraron el Pliego de Condiciones se celebrará una audiencia con el objeto de precisar su alcance y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. La audiencia de aclaración del Pliego de Condiciones se llevará a cabo a las 10:00 horas del día trece (13) de marzo del 2000 […] Lo anterior no impide que cualquier posible proponente que haya comprado el Pliego de Condiciones pueda solicitar aclaraciones sobre los documentos de la licitación mediante comunicación escrita a la Gerencia de la ILM […] La Gerencia de la ILM dará respuesta por escrito a las solicitudes de aclaración relevantes que reciba antes de la fecha de cierre de la licitación […]" [subrayado fuera de texto].

[58] **42. FIRMA DEL CONTRATO** Simultaneamente [sic] con la notificación al proponente seleccionado de que su oferta ha sido aceptada, la ILM enviará la Minuta del Contrato, a la cual se habrán incorporado las condiciones particulares de la oferta y todos [sic] las aclaraciones que las partes estimen conveniente [sic] acordar. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de adjudicación del contrato, el proponente seleccionado deberá firmar el contrato, fecharlo y cumplir con los requisitos para su perfeccionamiento. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de adjudicación, la ILM hará efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes a reconocimiento de perjuicios causados y no cubierto por el valor de la Garantía" [subrayado fuera de texto].

"fue seleccionada para otorgarle el Contrato de Concesión", anexando con la misma el "proyecto del contrato para que ustedes le hagan las observaciones que crean necesarias", fl.39 c1], la sociedad actora no hizo manifestación [que obre en el plenario], por ningún medio, dirigida a la Industria Licorera del Magdalena en la que se solicitara la remisión del contrato definitivo, o de la necesidad de proceder a hacer aclaraciones, o a incorporarlas dentro del proyecto o minuta de contrato remitido, por lo que el término para suscribir o firma el contrato de los diez [10] días hábiles empezaron a correr sin que contar con acto alguno encaminado a realizarla, o poner en conocimiento de la entidad pública demandada alguna discrepancia, o la necesidad, se reitera, de remitir la minuta definitiva.

4.6.7. Lo anterior implica para la Sala que la sociedad actora dentro de la fase precontractual no se correspondió con el principio de buena fe, específicamente con la buena fe objetiva a la que debía sujetarse, ya que incumplió sus deberes de lealtad y corrección, ya que al haber aceptado sin reparo alguno el pliego de condiciones [las partes debían atenerse a lo consagrado en el numeral 42 del pliego de condiciones, el que fue aceptado libre, espontáneamente y voluntariamente por la mencionada sociedad en su propuesta económica, en la que manifestó: "[…] 1. Que esta propuesta y el contrato que llegare a celebrarse comprometen legalmente a la sociedad que represento. 4. Que conozco los documentos de la licitación aceptando los requisitos en ellos contenidos. 5. Que acepto las condiciones objeto de la licitación indicadas en los documentos y formularios de la propuesta […] 6. Que efectuare los tramites [sic] requeridos para el perfeccionamiento del contrato en el termino [sic] estipulado en el Pliego de Condiciones 7. Que me comprometo a iniciar el contrato dentro del termino [sic] fijado en mi propuesta […] 9. En el evento de resultar favorecido con la adjudicación de esta licitación, me comprometo a suscribir oportunamente el correspondiente contrato, a otorgar las garantías requeridas y a ejecutar todos los actos requeridos para el perfeccionamiento del contrato"];, habiendo tenido oportunidades para hacerlo, y no existiendo obligación diferente a cumplir con la

suscripción o firma del contrato adjudicado, no había lugar ni al retardo injustificado, ni a guardar silencio respecto a la misma, ya que la entidad demandada se había formado la suficiente confianza en que la sociedad actora como adjudicataria se iba a corresponder leal y correctamente a suscribir o firmar oportunamente el contrato.

4.6.8. Lo anterior implica, se reitera, que el proponente durante la etapa precontractual surtida con ocasión del proceso de licitación abierto por la Industria Licorera del Magdalena para la producción, distribución y venta de licores no se correspondió con los deberes mínimos derivados del principio de buena fe objetiva, de manera que no podía argumentar que la sociedad actora no firmó o suscribió el contrato por la no remisión del texto definitivo del mismo, porque es insostenible, ya que lo que pretende dicha sociedad es afirmar la buena fe subjetiva, esto es, que se encontraba bajo un estado de convencimiento o creencia que estaba actuando conforme a derecho , ya que tenía normas imperativas tanto legales, numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, numeral 42 del pliego de condiciones y artículo 863 del Código de Comercio, así como deberes imperativos propios a la buena fe objetiva, con base en el cual debe primar el interés general, la protección de los recursos públicos, el sistema democrático, de manera que esto se traduzca en la eficacia de la seguridad jurídica para todos los asociados y para la propia administración pública, con lo que no se correspondió la sociedad Licores Cañamar Ltda, ya que violentó el de suscripción y firma del contrato, ni siquiera desplegó conductas o comportamientos encaminados a concretar tales deberes mínimos, sino que con absoluta deslealtad y falta de corrección retardó injustificadamente, fue renuente y se abstuvo de desplegar un comportamiento tendiente a la celebración del contrato.

4.6.9. Y como esto no sucedió, no cabe reconocer a la sociedad actora ninguna compensación por la no celebración del contrato propuesto, ya que fue ella quien dio lugar a la no conclusión del contrato.

4.6.10. La Sala no puede aceptar que se reconozca la indemnización de un supuesto daño cuyo origen se hace radicar en la acción, o en la inacción de la propia sociedad actora Licores Cañamar Ltda, porque sería tanto como admitir en su favor su propio dolo o, por lo menos, su propia culpa, amén de desfigurar la noción del interés negativo o de confianza pues precisamente fue Licores Cañamar Ltda. quien no correspondió con lealtad y corrección al no suscribir el contrato que ofreció.

4.6.11. Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocará los numerales quinto y sexto de la sentencia apelada y confirmará los restantes.

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

FALLA

PRIMERO. REVOCAR los numerales quinto y sexto de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar.

SEGUNDO. CONFIRMAR los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, octavo y noveno de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2005 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado