

# Reseña bibliográfica:

## Silvia Díez Sastre

### *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ<sup>1</sup>

La publicación que se reseña resulta de la mayor importancia por el ejercicio de agrupar y ordenar de manera sistemática las garantías establecidas a favor de los interesados y oferentes en la selección de contratistas, tanto en el Derecho español, como en el Derecho alemán. La situación se torna interesante, debido a la injerencia que ha tenido el Derecho europeo en esta particular etapa de la actividad contractual.

Para comenzar, el título y la tabla de contenido reflejan la materia a tratar. Esta última realiza una partición del tema a abordar, en la cual distingue, en primer lugar, los aspectos generales que se deben conocer preliminarmente respecto de la contratación pública en España y, en segundo lugar, respecto de la tutela restitutoria o resarcitoria. Posteriormente, entra en materia y expone la relación de estas dos con el fin de desarrollar la preocupación de la autora: la tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos.

Un aspecto que se encuentra inmerso en el transcurso del escrito es el de la relación entre el Derecho español y alemán frente al Derecho europeo, apenas necesario en nuestros días, fruto del condicionamiento jurídico que han dado las normas supranacionales en Europa frente a distintas materias de los Derechos nacionales. Para ello utiliza una metodología interesante: distingue la tutela restitutoria y resarcitoria, para proceder luego a exponer los comentarios relevantes respecto a cada una de ellas en el ámbito europeo, para, con posterioridad, aterrizarlos a la normatividad española y alemana. Hecho

1 Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la misma casa de estudios.

lo anterior la autora expone sus observaciones sobre la adecuación de cada una de dichas figuras en los contratos armonizados y no armonizados con el Derecho europeo. Aun cuando esta metodología en ocasiones puede resultar densa por la cantidad de información empleada, se muestra útil y necesaria con el fin de solucionar la problemática planteada.

Desde una perspectiva formal debe resaltarse el modo como DÍEZ SASTRE presenta la problemática abordada; envidiable y ejemplar para estas latitudes, en donde generalmente la doctrina se dedica a exponer la etapa precontractual de la Administración Pública como una simple relación normativa de etapas y términos preclusivos como paso previo para llegar a la adjudicación, dejando de lado los problemas que suscita la protección de quienes toman parte en esta clase de procedimientos administrativos.

Centrado en esta temática, el escrito reseñado organiza las órdenes establecidas en las Directivas para acoplarlo a la normatividad nacional de los países señalados. Además de abordar con rigor esta materia, DÍEZ SASTRE presenta una serie de comentarios y reflexiones sobre la responsabilidad precontractual del Estado, tema sobre el cual existen serias deficiencias doctrinarias en la actualidad colombiana, que sin duda constituyen una contribución y un valor añadido de su obra.

Aun cuando son muchas las razones para destacar la importancia de esta obra, con ánimo sintético podríamos condensar en cuatro apartes las ideas que resultan especialmente atractivas dentro de su contenido:

## 1. LA INJERENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DÍEZ SASTRE expone un tema que resulta ser una preocupación en los países que centró su estudio (España y Alemania, principalmente), a saber: la ausencia de garantías eficientes del particular-oferente-competidor al ver desvanecer su condición de futuro contratista.

Dentro de ese contexto general, la autora asume la tarea de señalar la renovación que se pretende dar a la materia a partir del Derecho europeo, al tiempo que expone su desasosiego por la falta de incorporación completa al Derecho nacional español del conjunto de normas que procuran brindar una mayor favorabilidad al sujeto vulnerado en sus legítimas expectativas.

Resulta interesante en este aparte del libro –sobre todo para el lector extraño al ordenamiento europeo– el análisis que se realiza en relación con la forma como se ha configurado la injerencia de ese sistema en cada uno de los ordenamientos nacionales. Al explicar la situación del Derecho contractual

público<sup>2</sup> en aquel ordenamiento, en el cual la normativa, con el fin de establecer un ambiente de transparencia e imparcialidad que permita la escogencia al mejor oferente, ha entrado a garantizar una tutela orientada a asegurar la libertad de competencia de las empresas en los distintos Estados<sup>3</sup>, la autora pone de relieve el notable avance del Derecho europeo en esta etapa de la actividad contractual.

Empero, en nuestro sentir, la tutela de esta libertad no puede ser la justificación para afirmar que el interés general, que debe prevalecer en todas las etapas de la contratación<sup>4</sup>, tiene que sacrificarse por atender los intereses de un particular inconforme, que solicita la tutela restitutoria. Se trata, sin duda, de una situación que exige una debida ponderación de los intereses en juego, esto es, el interés general frente al interés del derecho tutelado del particular, para definir reglas precisas que permitan la atracción de los privados a la oferta de bienes y servicios del sector público.

En esa medida, trasladar la concepción de la tutela restitutoria al Derecho colombiano es un asunto necesario, con el fin de permitir que los interesados en las compras del sector público encuentren garantías en la competencia, lo que implica en últimas un aval del principio de libre concurrencia en la selección del contratista. Sin embargo, la garantía de tutela restitutoria debe tomar en consideración los fines de interés general, estableciendo límites que impidan el abuso de los recursos que ofrezca el ordenamiento jurídico para estos casos.

## 2. LA PREEMINENCIA DE LA TUTELA RESTITUTORIA EN EL DERECHO EUROPEO

Un segundo argumento que debe destacarse dentro de la obra reseñada es el relativo al protagonismo conferido a la denominada tutela restitutoria. La autora explica inicialmente que en algunos países se privilegia la legalidad objetiva (tutela restitutoria), mientras que en otros la preferencia se concede al resarcimiento patrimonial del particular (tutela resarcitoria). Con todo,

- 2 La autora se refiere al Derecho de la "contratación pública", denominación que pretende resaltar con la intención de explicar que en el Derecho europeo actual la expresión "contratación administrativa" no tiene cabida, debido a que no se trata únicamente de los contratos de las Administraciones públicas en sentido formal, sino de diversos órganos que tienen a su cargo contratos con recursos públicos o la promoción del interés general.
- 3 Pocos son los estudios que en Colombia han tratado previa a la celebración del contrato de la Administración pública como un asunto de Derecho público económico (Cfr. SAFAR DÍAZ, 2009).
- 4 Esta exigencia se encuentra en Colombia en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. En España una disposición similar aparece en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

advierte que el sistema europeo en materia de tutela no privilegia alguna de estas dos en exclusiva, sino garantizar el cumplimiento de las normas europeas.

La tutela restitutoria o tutela primaria –indica DÍEZ SASTRE– es el fin inicial de la reparación de una situación contraria al ordenamiento jurídico, en tanto que busca que ésta retorne a su estado anterior, bien sea por su ilegalidad o la indebida adjudicación que se realiza. Las consecuencias de la aplicación de este esquema son matizadas, como se expone en el texto, al tener que considerar que los temas que se refieren al Derecho público implican necesariamente un juicio de validez de la actuación desarrollada, que en ocasiones lleva a ponderar la necesidad de volver al estado anterior. En otras palabras, el interés general que lleva inmerso el Derecho público hace que en ocasiones resulte más favorable mantener la situación contraria al ordenamiento jurídico frente a un particular, con el fin, por ejemplo, de evitar la paralización de un servicio público, que proceder a restablecer el estado anterior con graves secuelas para la colectividad.

Respecto de la tutela resarcitoria o tutela secundaria, señala la autora que se trata de un verdadero recorrido de la responsabilidad que gira en torno al daño causado y a la posibilidad de imputarlo a alguien. No se pretende auscultar el estado anterior y volver a él, sino indemnizar ese daño que sea demostrable. Al hacer un cotejo de las dos figuras se concluye en su relación intrínseca e inversamente proporcional: "a mejor tutela restitutoria, menor tutela resarcitoria, porque el restablecimiento de la legalidad a tiempo puede llevar a eliminar la fuente del daño o, al menos, a reducir su alcance" (p. 8).

La tutela preferida por el Derecho europeo en el ámbito precontractual es la restitutoria. Sin embargo, no es esta tutela la que rige en los derechos español y alemán, sino que se encuentran fraccionados sus sistemas, y se ha dispuesto únicamente para aquellos en que la normatividad supranacional lo exige, es decir, los contratos armonizados. Por su parte, la tutela resarcitoria en la normatividad europea sigue la lógica de la responsabilidad civil y permite la libertad a los Estados a que decidan cómo configurarla. No obstante, la profesora DÍEZ SASTRE hace unas precisiones en relación con la posibilidad de solicitar la indemnización; para lo cual no se necesita demostrar la correspondiente obtención del contrato, sino la sola vocación de obtenerlo o haberse presentado a la selección, por lo que procederían diversas figuras, como la pérdida de una oportunidad, la responsabilidad por confianza y la responsabilidad por necesidad.

Concretando la preeminencia de la tutela restitutoria en el Derecho europeo, la autora realiza algunas consideraciones particulares sobre las exigencias que esta normatividad trae a los derechos nacionales; empero, estas exigencias difieren sobre la etapa en que se causen: previo al perfeccionamiento del contrato o con posterioridad a ésta.

## A. LA TUTELA RESTITUTORIA PREVIO AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La tutela restitutoria previa al perfeccionamiento del contrato es el mecanismo que pretende privilegiar la normatividad europea. Para la autora, ello es así debido a que el sistema previo a dicha concepción pretendía garantizar la tutela resarcitoria, caso en el cual se indemnizaba al particular oferente incluso mucho tiempo después de haberse liquidado el contrato por el trámite demorado ante la jurisdicción.

Para cumplir los postulados de legislación europea, que consisten en proteger el derecho a un procedimiento legal y el derecho a la adjudicación del contrato, se han ideado procedimientos específicos que deben garantizar la tutela restitutoria. Así, particularmente se ha hablado de un período de espera entre la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato ("*standstill*") y del deber de información con debida anticipación de la adjudicación con el fin de que los competidores comprueben la legalidad de la misma.

El estudio se concreta en los derechos alemán y español. En el primero de ellos hace referencia a la *Vergabekammer* (Cámara de adjudicaciones), entidad independiente de carácter administrativo, concebida por el legislador alemán, que conoce de recursos sobre adjudicaciones irregulares, los cuales tienen sendas restricciones para su procedencia particular. A su vez, en Derecho español, encuentra la autora que la normatividad nacional se adecúa en buena parte a la europea; sin embargo, el legislador tuvo que realizar precisiones en relación con el plazo de adjudicación y el deber de información previa al perfeccionamiento, además de permitir la interposición de un recurso que se tramitará ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que tiene las mismas características que la entidad alemana mencionada.

## B. LA TUTELA RESTITUTORIA CON POSTERIORIDAD AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La autora también expone la situación particular que trae el Derecho europeo sobre la tutela restitutoria con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, aun cuando la regla general es que ésta prevalece únicamente en la etapa previa a su formalización. Esto, debido a que las entidades eludían los recursos previos anunciados en el aparte anterior. Para solucionarlo, la normatividad europea impuso la consecuencia de ineficacia de los contratos y la imposición de sanciones al poder adjudicador.

En el ordenamiento jurídico alemán se incorporó sin inconveniente la ineficacia según las directrices europeas, ya que se regía por las normas del Derecho presupuestario. Ahora bien, en España, la cuestión, si bien se tomó con la misma consecuencia, se ha entendido no como una ineficacia de pleno Derecho, sino como una nulidad contractual, sobre la cual se plantea la preocupación de no tener ella las mismas causales de procedencia que el recurso previo a la

suscripción del contrato. Se trata, según comenta la autora, de una posición que podría presentar inconvenientes, en tanto que las nulidades deben ser de carácter restrictivo y de aplicación taxativa y son, en todo caso, una figura distinta de la ineficacia<sup>5</sup>.

### 3. LAS PERSPECTIVAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Un tercer bloque temático de interés es el relativo a la responsabilidad precontractual de la Administración en el marco del contexto europeo. En relación con la partición del sistema de tutela a la luz de los derechos europeo y constitucional (nacional), DIEZ SASTRE concluye que el sistema europeo ha traído fragmentación jurídica en los Estados: algunos han pretendido continuar con el sistema previo al europeo por medio de modulaciones de sus esquemas tradicionales, mientras que otros, como el español, se han visto enfrentados a situaciones de difícil interpretación por la dispersión normativa, fruto de las exigencias para los contratos armonizados y no armonizados.

La autora plantea un análisis constitucional de la fragmentación jurídica que conlleva el Derecho europeo, poniendo de manifiesto que en España la situación no ha sido cuestionada desde dicha perspectiva. En Austria, por el contrario, fue declarada constitucional la partición del sistema tutelar con los contratos armonizados y no armonizados, decisión que ha tenido críticas favorables y desfavorables.

Cuando la autora realiza el estudio de la fragmentación desde la perspectiva constitucional en España, señala que no advierte una vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que esta no exige una tutela particular (restitutoria o resarcitoria). Tampoco encuentra atentado alguno contra la igualdad, ya que las diferenciaciones pueden hacerse siempre y cuando sean proporcionales, y no arbitrarias ni discrecionales, lo cual no se da en el presente caso, debido a que no se diferencia por un carácter personal, sino por el objeto o cuantía del contrato. En todo caso, bajo una perspectiva distinta, la autora considera preocupante la fragmentación jurídica, por la dificultad para interpretar en

5 Sobre la distinción entre nulidad e ineficacia, la justicia arbitral ha dicho: "En efecto, la nulidad de los negocios jurídicos se refiere a la existencia de vicios sobre alguna condición o requisito para la validez de los mismos y requiere de declaración judicial, pudiendo incluso producir efectos el negocio jurídico. Por su parte, la ineficacia de pleno derecho o ineficacia liminar o ineficacia sui géneris de los negocios jurídicos hace referencia a los casos específicamente señalados en la ley en los cuales el ordenamiento jurídico ordena como sanción a su desconocimiento que el negocio no produzca efecto alguno y prácticamente se tenga por no escrito" (Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A.- Sociedad Clínica Montería S.A. – Caja de Compensación Familiar del Chocó contra Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios. Laudo arbitral de 3 de junio de 2011).

los distintos espacios de la etapa precontractual, dependiendo de la condición del contrato particular (armonizado o no armonizado).

En este punto, solo vale la pena comentar si en el fondo la diferenciación frente a algunos tipos de contratos con determinada cuantía no implicaría una discriminación material, en tanto que, si bien de manera directa no se habla de un grupo de personas, podríamos pensar que aquellos competidores que se dedican a contratos con cuantías elevadas se encuentran sometidos a un régimen distinto sin justificación material alguna, régimen realmente más favorable en materia de tutela.

#### 4. SOBRE LAS IDEAS A RESCATAR EN LA ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

Luego de analizar el contenido del texto reseñado, vale la pena realizar algunos comentarios en relación con lo dicho por la autora y su injerencia en la normatividad colombiana.

Inicialmente se celebran esfuerzos como el de la autora al exponer la situación de la tutela restitutoria y resarcitoria en la etapa precontractual, ya que, aun cuando se trata de la situación presente en otras latitudes, en todo caso permite analizar nuevas perspectivas del Derecho de daños en lo relativo a la etapa precontractual, aspecto que resulta de vital importancia en nuestro medio.

En la normatividad europea el régimen expuesto no solo aplica a los contratos que se rigen por un régimen de Derecho público, sino también por un régimen de Derecho privado, siempre y cuando corresponda a uno de los "entes adjudicadores"<sup>6</sup>. En este aspecto, el régimen colombiano no se encuentra tan lejano. En efecto, la jurisprudencia contencioso administrativa en no pocas ocasiones ha garantizado a los licitadores en contratos de la Administración pública con régimen de Derecho privado (actualmente "contratos estatales especiales" por su definición jurisprudencial<sup>7</sup>) un cierto ambiente del cumplimiento riguroso de los requisitos de adjudicación previamente establecido<sup>8</sup>, principalmente por la sugerencia doctrinaria<sup>9</sup> de dar aplicación al principio

6 En el Derecho europeo, los "entes adjudicadores" no necesariamente consisten en órganos que tradicionalmente se entendían como parte de la Administración pública, sino aquellos que cumplan una función de "interés general", expresión definida en la normatividad europea.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202, C.P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, C.P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

9 El principio de la Administración Compulsoria tiene su sustento legal en las definiciones de los principios de economía y eficacia del CPACA. "Nuestra opinión es la de considerar que la Administración, una vez ha iniciado el trámite licitatorio, debe acabarlo y acabarlo bien, es

de Administración compulsoria en los contratos que cuenten con dicho régimen especial.

Desde la perspectiva procedimental, que implica la impugnación de decisiones previas a la adjudicación, plantea la autora la problemática de impugnar decisiones de mero trámite y ha expuesto la solución europea a favor del particular, en el sentido de conocer de decisiones que, si bien pueden tratarse de actos administrativos de trámites, toman decisiones de fondo y frente a los cuales debe asegurarse una contradicción adecuada a la garantía del debido proceso y del principio de Estado de Derecho.

Esta situación también ha tenido un tratamiento bastante similar en Colombia. La evolución y el actual tratamiento avanzado de la materia ha sido descrito por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones<sup>10</sup>, desde la imposibilidad de la jurisdicción contencioso administrativa de conocer de los actos precontractuales, salvo que se pretendiera impugnar el contrato suscrito, hasta el reconocimiento en el artículo 141 del CPACA sobre la posibilidad de demandar de manera directa los "actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual".

Incluso, como bien lo ha revelado la doctrina (GONZÁLEZ LÓPEZ, 2010: 157), la jurisprudencia contencioso administrativa se ha pronunciado sobre decisiones administrativas que en la generalidad del procedimiento de selección son actos de trámite, pero que en algunos aspectos particulares implican una modificación o eliminación definitiva de una situación jurídica que puede vulnerar derechos a los competidores. Esta perspectiva, entonces, no tiene nada que envidiarle al Derecho europeo.

No obstante ello, se puede observar que la profesora DIEZ SASTRE, al comenzar la ruta del texto, expone un panorama general de la contratación pública en Europa que termina por demostrarles a algunos aspectos del Derecho público colombiano lo precario y restrictivo que es su garantía en materia de una debida adjudicación de contratos públicos. A manera de ejemplo, la idea de la legitimación para solicitar una debida adjudicación.

La garantía europea no se refiere únicamente a quienes participan en la selección, sino a todos aquellos que han demostrado el interés por dichas selecciones; tema que en la actualidad colombiana parece estar distante debido al alcance restringido que se le ha dado en la jurisprudencia a la expresión "interés directo"<sup>11</sup> en la redacción que permanece en el actual artículo 141 del

decir, con el acto que ponga fin a toda la actividad administrativa que se ha motivado para tratar de escoger al mejor oferente, llámese de adjudicación o de declaratoria de desierta de la licitación" (EXPÓSITO VÉLEZ, 2004: 449).

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, exp. 22.510, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

11 La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha indicado que la expresión "interés directo" en la selección se refiere únicamente al proponente vencido, eliminando



Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) respecto de la posibilidad de enjuiciar un acto previo a la selección cuando se pretenda la declaratoria de nulidad de un contrato suscrito.

Por otro lado, y en lo concerniente al alcance de la responsabilidad que asume el Estado en esta fase, la invitación que puede enterearse –y que se comparte– es la de asumir una posición crítica sobre la tutela de los derechos de particulares interesados y proponentes cuando les ha sido conculcado algún derecho que ostentan. En esa medida, puede estar sujeta a críticas la posición del Consejo de Estado actual de no reconocer el daño emergente en la etapa precontractual, por tratarse de “costos de oportunidad”<sup>12</sup> o que la tutela del adjudicatario burlado sea únicamente la utilidad esperada en el proyecto<sup>13</sup>.

Frente al primero de ellos, esto es, los “costos de oportunidad”, podría matizarse la tesis en el sentido de advertir que los gastos en que incurre un oferente al presentarse a la selección son gastos que bien pueden denominarse “perdidos”, ya que se gane o se pierda no le serán retornados al interesado. Sin embargo, cuando la pérdida de la selección no se da por la escogencia de otro particular que cuenta con la oferta más favorable o, por el contrario, por la imposibilidad de escogerla, y se da fruto, entonces, de una indebida actuación de la Administración pública, sí debería ser resarcida. Algo parecido a la responsabilidad por confianza que se anota en el texto reseñado, es decir, bajo la sola expectativa de legalidad que ha sido vulnerada por la Administración pública.

Frente al segundo de ellos, es decir la utilidad esperada del proyecto, podría incluirse otro tipo de perjuicios siempre que puedan ser demostrados por parte del solicitante e imputables a la entidad estatal. En efecto, un detrimento del *good will*, la imposibilidad de acceder a nuevos negocios de los cuales se desistió por dedicarse a estos, entre otros. Todos ellos siempre que se demuestre el recorrido de la responsabilidad, es decir, que se demuestre el daño cierto y la imputación a la Administración pública en su actuar.

entonces la posibilidad de que aquellos interesados en la selección, pero no oferentes, puedan acudir al enjuiciamiento de la indebida adjudicación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19.936, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 10.610, C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE).

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, exp. 13.792, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2003, exp. 14.107, C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 1988, exp. 3.528, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Ahora bien, lo dicho únicamente se considera al encontrarnos en un análisis en sede judicial de la problemática, ya que no existen instituciones eficaces en sede administrativa en la actualidad que permitan solicitar la indemnización por una indebida adjudicación, salvo la figura de extensión de jurisprudencia del artículo 102 y 269 del CPACA, de la cual no se conoce aún su alcance en la práctica.

De otra parte, la situación problemática en Colombia no solo se observa desde la perspectiva de la tutela resarcitoria, sino de la tutela restitutoria, asunto sobre el cual existe un desarrollo normativo precario, pero que podría circunscribirse en específico a lo que se encuentra en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007<sup>14</sup>. Sin embargo, y esto demuestra lo preocupante de la situación de la tutela restitutoria en Colombia, para hacer uso de la herramienta establecida en el artículo citado, esto es, la revocatoria directa del acto de adjudicación, no puede alegarse la adjudicación del contrato no apegada al pliego de condiciones, pues los únicos argumentos válidos son la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, o la obtención de la adjudicación por medios ilegales.

Esta última expresión es la que causa desazón en tanto que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial<sup>15</sup>, los medios ilegales no implican la ilegalidad (aspecto que implicaría una adjudicación no sujeta al pliego de condiciones), sino que, por el contrario, implica haber obtenido la adjudicación con un vicio del consentimiento (error, fuerza o desviación de poder), es decir, haber observado una actuación fraudulenta, que tiene el talante suficiente como para haber adjudicado a quien no se debía.

En consecuencia, el particular burlado en la adjudicación tendrá que demostrar que la ausencia de apego al pliego de condiciones implicó un vicio del consentimiento, es decir, la obtención del medio ilegal, asunto que en oportunidades resultará problemático.

Por otra parte, debe también destacarse que un aspecto que pretende garantizar una tutela restitutoria es la posibilidad de presentar observaciones al informe de evaluación, en el cual se indica de manera preliminar quién sería adjudicatario. En estos casos, el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en relación con la licitación pública, ha dicho que se conceden cinco días hábiles para tal fin; y el Decreto 734 de 2012, haciendo referencia al resto de

14 "El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".

15 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de julio de 2002, exp. IJ-029, C.P.: ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

procedimientos en cada modalidad de selección, por regla general concede tres días hábiles, cuya excepción se encuentra en la mínima cuantía, caso en el cual debe ser de no menos de uno.

Pues bien, sobre este punto la cuestión que se plantea es la imposibilidad de pronunciarse sobre una indebida evaluación en etapa posterior a esta, ya que en la audiencia de adjudicación, particularmente en la licitación pública (art. 3.1.3. del Decreto 734 de 2012), solo permite pronunciarse sobre las respuestas dadas a esas observaciones.

En la práctica, algunas entidades estatales permiten escuchar comentarios nuevos a la adjudicación cuando resultan realmente trascendentes, valiéndose de principios como el de transparencia y responsabilidad garantizados por la Ley 80 de 1993; sin embargo, no es la generalidad. Otro grupo de entidades públicas, apegándose de manera exegética a la norma y a lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>16</sup>, las denominan observaciones extemporáneas, dejando sin posibilidad de poner de presente comentarios que eviten una indebida adjudicación.

Como corolario de la reseña realizada al texto, y analizando el panorama nacional, podemos afirmar que en Colombia existen serios avances en materia de tutela a los licitadores, tanto que buena parte de la configuración europea en la materia se advierte en el ordenamiento jurídico colombiano o en interpretaciones jurisprudenciales. No obstante lo anterior, la preocupación en la etapa precontractual colombiana está en no incorporar medidas eficaces que pretendan solventar las problemáticas que se causan en el día a día. En esa medida, si bien el oferente o interesado tiene las herramientas necesarias para subsanar sus derechos, en términos generales se trata de futuras decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa que darán fruto, probablemente, una década después de haberse liquidado el contrato sobre el cual se impugnan sus actos precontractuales.

## BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ SASTRE, SILVIA (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS (2004). *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*. Primera reimpresión corregido y aumentada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

16 "La administración no puede realizar un segundo traslado de un nuevo informe de evaluación, por cuanto en términos perentorios la ley dispone un procedimiento administrativo especial que se resuelve definitivamente al momento de la adjudicación" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios, concepto de 6 de diciembre de 2007, rad. 1.781, C.P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO).

GONZÁLEZ LÓPEZ, ÉDGAR (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal: la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.