

El reconocimiento de la experiencia del proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección público: Un análisis desde la responsabilidad *in contrahendo* del Estado.

Monografía para optar al título de Magíster en Derecho

Maria Camila Naranjo Arango

Asesor:

Santiago Sierra Ospina

Maestría en Derecho

Universidad EAFIT

2024

Tabla de Contenido	
INTRODUCCIÓN.....	3
ANTECEDENTES: CASOS PRÁCTICOS QUE DIERON PIE AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
METODOLOGÍA APLICADA EN EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	10
CAPÍTULO 1: GENERALIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INDEBIDA ADJUDICACIÓN.....	12
CAPÍTULO 2: CARACTERIZACIÓN DE LA “EXPERIENCIA” EN MATERIA DEL CONTRATO ESTATAL Y COMO ELLA COMPONE UN ACTIVO INMATERIAL. ....	28
CAPÍTULO 3: EL CORRESPONDIENTE MEDIO DE CONTROL A INTERPONER ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES RUP.....	42
CAPÍTULO CUATRO: ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA, ASÍ COMO LA RESPECTIVA INSCRIPCIÓN EN EL RUP PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL PROPONENTE VULNERADO POR LA INDEBIDA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	56
CONCLUSIONES.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	82

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo surge de la necesidad de someter a la Administración Pública y a sus servidores a un régimen jurídico y a una jurisdicción especiales, distintas a las que regulan las relaciones entre particulares.

Lo anterior se desprende de que mientras los particulares, por regla general, actúan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mediante relaciones de mutuo acuerdo y buscando el ánimo de lucro y la ganancia privada, la Administración Pública debe actuar en desarrollo del principio de legalidad, teniendo a su favor las llamadas prerrogativas o potestades públicas y teniendo como finalidad principal garantizar la prevalencia del interés general y la satisfacción de las necesidades colectivas, sometida en todo caso al respeto por los derechos y a un estricto régimen de controles y responsabilidades.

En este sentido, podemos vislumbrar que la Administración Pública por distintos medios actúa, en ejercicio de sus funciones, generando efectos o consecuencias jurídicas en sus ciudadanos. En este sentido, puede en el día a día producir hechos, omisiones y operaciones administrativas que pueden desencadenar la responsabilidad patrimonial del Estado y/o de sus servidores.

Así, se logra enmarcar el régimen de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, estipulado principalmente en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-333 (1996), establece el deber de reparación en cabeza del Estado ante la producción de un daño antijurídico, pues a este le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración Pública, lo que llega a armonizar plenamente con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, tal y como lo ha preceptuado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-333 (1996), la responsabilidad del Estado se presenta como

un mecanismo de protección de los ciudadanos frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede producir daños, como resultado normal y legítimo de la actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades.

Se establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los daños antijurídicos cometidos por la acción u omisión de las autoridades, lo que implica que, una vez ocasionado el daño antijurídico y este sea imputable al Estado (es decir, que exista un título que permita su atribución a una acción u omisión de una autoridad), se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima en virtud del deber de reparación.

Conforme a lo anterior, se estructura el régimen de la responsabilidad precontractual del Estado, también conocida como responsabilidad *in contrahendo*, como aquel que se origina por el daño antijurídico producido por la acción u omisión del Estado antes de la celebración del contrato estatal. En este orden de ideas, la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia con radicado 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628) (2020) ha señalado que, para que se configure la responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* se requiere:

- (i) que exista una situación real de negociación; (ii) que de los tratos se haya generado una situación de confianza, que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato; (iii) que la ruptura haya sido injustificada o contraria a la corrección (información, veracidad, lealtad) y a la buena fe exigida en el campo negocial y (iv) que como consecuencia de ese comportamiento se cause un daño.

Dentro de los casos que engloba la responsabilidad *in contrahendo*, se destaca la indebida adjudicación en los procesos de selección públicos. Teniendo en cuenta el caso práctico objeto de estudio que dio pie al desarrollo del trabajo de investigación, así como la

regulación que se ha estructurado en materia de responsabilidad del Estado, especialmente en el campo de la responsabilidad *in contrahendo* del Estado, se plantea el presente trabajo de investigación con el fin de indagar si, en atención al desarrollo legal, normativo, doctrinario y jurisprudencial que se ha surtido en ese campo, es posible determinar que existe un derecho en cabeza del proponente que no fue debidamente adjudicado de reclamar el reconocimiento de la experiencia que no pudo ejecutar con ocasión de la indebida adjudicación y correlativamente, un deber en cabeza del Estado de reconocer esa experiencia, así como un deber en cabeza de las cámaras de comercio, fungiendo como particulares que prestan funciones públicas, de inscribir esa experiencia dentro del Registro Único de Proponentes RUP.

Para las personas naturales y jurídicas que participan activamente en los procesos de selección públicos adelantados por las entidades estatales, como por ejemplo, las licitaciones públicas, las selecciones abreviadas de menor cuantía, las subastas inversas, entre otros, es relevante la inscripción de los contratos que han ejecutado con clientes tanto del sector público como del privado en el Registro Único de Proponentes- RUP, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1150 de 2007, el RUP constituye el único documento válido para acreditar la experiencia adquirida por los oferentes, así como el único medio probatorio a partir del cual las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden adelantar las evaluaciones técnicas concernientes para determinar la idoneidad del proponente en cuanto a la experiencia que ha adquirido en contratos que tengan una naturaleza y cuantía similares a las del objeto del proceso de selección en el que están interesados en participar.

Conforme a lo anterior, el presente trabajo de investigación invita a reflexionar respecto a una cuestión que puede resultar interesante para los particulares que estén interesados en licitar con el Estado y el mismo Estado, por cuanto pretende indagar por un eventual

derecho que podrían reclamar en los casos en los cuáles el Estado ha producido un daño por no adjudicar debidamente un contrato dentro de un proceso de selección público.

Al tratarse de un tema que no se ha abarcado en profundidad por los distintos investigadores, resulta interesante examinar una problemática frente a la cual hay una escasa bibliografía, lo que permitirá constituir una base muy importante que aportará significativamente en los campos del conocimiento y daría pie para futuros proyectos investigativos, así como el avance del conocimiento jurídico.

En este orden de ideas, el propósito de esta investigación es identificar si el proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección tiene derecho a solicitar al juez de la República el reconocimiento de la experiencia derivada del contrato que no fue ejecutado y su inscripción en el Registro Único de Proponentes.

Para lograr el objetivo planteado, en un primer lugar, se indagará el fundamento normativo, legal, doctrinario y jurisprudencial que ha tratado el régimen de responsabilidad del Estado por indebida adjudicación.

En segundo lugar, se caracterizará la experiencia en materia del contrato estatal y como ella compone un activo inmaterial, para posteriormente analizar cuál sería el medio de control eficaz que podría el proponente que no fue debidamente adjudicado interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa para solicitar el reconocimiento de la experiencia no ejecutada y la inscripción de esta en el Registro Único de Proponentes RUP y finalmente, analizar si el reconocimiento de la experiencia no ejecutada, así como la respectiva inscripción en el RUP, se podrían catalogar dentro de la figura de la “pérdida de la oportunidad” para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, para así consolidar las respectivas conclusiones.

## ANTECEDENTES: CASOS PRÁCTICOS QUE DIERON PIE AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Previo a ahondar en el problema jurídico objeto del presente trabajo de investigación, a continuación, se presenta un pequeño recuento de los casos prácticos que dieron pie a la discusión jurídica que se pretende esbozar. El planteamiento del problema jurídico surge a partir de dos casos que actualmente se encuentran bajo estudio ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El primer caso consistió en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la UNIÓN TEMPORAL CADENA COURRIER BELLO 2022, integrada por las empresas CADENA S.A. y CADENA COURRIER S.A.S. contra el Municipio de Bello, Antioquia, mediante la cual se pretendió la declaratoria de nulidad del acto administrativo que adjudicó al proponente CARVAJAL SOLUCIONES DE COMUNICACIÓN S.A.S. el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SA-07-2022, cuyo objeto fue: *“Prestación del servicio de impresión fija y variable, mensajería certificada de actos a notificar, mensajería expresa masiva de las facturas de cobro de impuesto predial e industrial y comercio del Municipio de Bello.”*

La UT CADENA COURRIER BELLO 2022 interpuso una demanda contra el MUNICIPIO DE BELLO a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que el juez competente declarara la nulidad del acto administrativo de adjudicación y ordenara al MUNICIPIO DEL BELLO el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir. Lo anterior, pues alega que este fungía como el proponente que por derecho y conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones debía ser adjudicatario, resarcimiento de daños que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los casos de la responsabilidad del Estado por indebida adjudicación (enmarcado dentro de la responsabilidad precontractual del Estado o responsabilidad *in contrahendo*). El juez en primera instancia negó las pretensiones del accionante, por lo que la UT CADENA

COURRIER BELLO 2022 apeló la decisión proferida y actualmente se encuentra la decisión bajo estudio ante al Tribunal Administrativo de Antioquia<sup>1</sup>.

El segundo caso se relaciona con la expedición de la Resolución No. 7485 de 2023, mediante la cual se declaró desierto el proceso de Licitación Pública No. LP-001-2023, adelantado por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y cuyo objeto fue: *“Suministrar, formalizar y prestar el servicio de personalización, custodia y distribución de libretas de pasaportes, así como el servicio de impresión, almacenamiento y entrega de etiquetas de visa colombiana, con zona de lectura mecánica a precios fijos unitarios sin fórmula de reajuste para el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores”*.

A raíz de la declaratoria de desierta del proceso de licitación de referencia, la Unión Temporal Pasaportes 2023, conformada por las sociedades THOMAS GREG & SONS DE COLOMBIA S.A., THOMAS GREG & SONS LIMITED (GUERNSEY), THOMAS GREG EXPRESS S.A., SEGURIDAD MÓVIL DE COLOMBIA S.A., THALES DE COLOMBIA S.A. y THALES DIS FINLAND OY-NIE, quien figuró como el único proponente en el proceso de selección y quien cumplía con todos los requisitos técnicos, jurídicos y habilitantes, conforme a lo indicado en el informe de evaluación publicado el 31 de julio de 2023 en la plataforma SECOP 2, interpuso una acción de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores- y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitando la nulidad de la Resolución No. 7485 de 2023 y el pago de la suma de \$107.507.167.749, correspondiente a la utilidad dejada de percibir por el proponente a quien se debió haber adjudicado el proceso. Mediante auto expedido el pasado 3 de abril de 2024, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección

---

<sup>1</sup> Proceso con radicado No. 05001333302420220034601.

tercera, admitió la demanda y el proceso actualmente se encuentra en curso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>2</sup>

Ante los casos presentados, se indagó respecto a la posibilidad de que los demandantes solicitaran en las pretensiones de la demanda el reconocimiento de la experiencia que no pudieron adquirir y su inscripción en el RUP, ya que los proponentes, una vez identificados los hechos relatados en los respectivos escritos de la demanda, son empresas que participan activamente en los procesos de selección públicos adelantados por las entidades estatales y han fungido durante muchos años como contratistas del Estado para la prestación de sus servicios, por lo que constituye un aspecto de relevancia, pues la indebida adjudicación de los procesos de selección de referencia representan la imposibilidad de las empresas de adquirir experiencia y registrarla en el RUP, experiencias que les podría servir de insumos para presentarse a futuros procesos de selección con objetos similares y que, adicionalmente, les podrían generar un mayor valor dentro del mercado.

---

<sup>2</sup> Proceso con radicado No. 25000233600020240003000.

## METODOLOGÍA APLICADA EN EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Identificar la metodología de una investigación contribuye con el desarrollo y la forma en la cual se llevará a cabo el tema de estudio. Conforme a lo anterior, para el desarrollo del presente proyecto de investigación, se opta por desarrollar una investigación jurídica, cuya finalidad es desarrollar una tarea de *lege data*, que consiste propiamente en identificar problemas en el ordenamiento jurídico y proponer interpretaciones o soluciones a los mismos (Courtis, 2006, pp 113-115).

En este orden de ideas, en el presente proyecto de investigación, se pretende identificar las normas jurídicas vigentes que regulan la responsabilidad precontractual del Estado, la contratación pública, así como el tratamiento jurídico que se ha surtido respecto al reconocimiento de la experiencia de los proponentes interesados en participar en los procesos de selección y el reconocimiento de esta para la efectiva indemnización de los perjuicios ocasionados por la indebida adjudicación del contrato estatal. Una vez identificado el marco jurídico que regule la materia objeto de investigación, se pretende describir el contenido de las disposiciones jurídicas identificadas, sistematizarlas, así como identificar sus vacíos y contradicciones, lo que hace que el trabajo se centre esencialmente en exponer, ordenar y sistematizar un conjunto específico de normas positivas, así como examinar problemas en su contenido e interpretación. (Cruz Parcero, 2006, pp 21-37).

Así, se centra el presente trabajo de investigación en identificar problemas en el ordenamiento jurídico vigente y proponer interpretaciones y soluciones a los mismos, partiendo de la base de que no existe una norma dada en las distintas fuentes del derecho que regule específicamente el derecho del proponente que fue indebidamente adjudicado al reconocimiento de la experiencia del contrato que no ejecutó y su debida inscripción en el RUP. En este sentido, no se eligió la metodología de investigación socio jurídica, pues esta metodología consiste en una manera de construir representaciones de la vida social y

analizar los fenómenos socialmente relevantes, componente que no se ajusta con los objetivos planteados en el presente trabajo de investigación.

Finalmente, cabe anotar que, a partir de la investigación jurídica que se desarrollará, se aplicará la técnica de análisis de contenido para analizar los datos obtenidos en la búsqueda de las bases teóricas (doctrinarias, normativas y jurisprudenciales), pues conforme a lo aducido por Galeano (2007):

El análisis de contenido permite acceder a un plano distinto, "virtual" al sentido que se expresa en el texto. El objetivo del investigador es lograr trascender el sentido manifiesto del texto y permitir que emerja el sentido latente que subyace en la superficie textual. (p.130).

## CAPÍTULO 1: GENERALIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INDEBIDA ADJUDICACIÓN.

Como objeto de estudio, el régimen de responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual (dentro de la cual se puede incluir la responsabilidad precontractual), logra consolidarse en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la expedición del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991. En este sentido, podemos destacar que el artículo constitucional de referencia dispone lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política, 1991).

Así, la cláusula contenida en el artículo 90 de la Constitución comprende un contenido general de responsabilidad aplicable a todo el actuar de la Administración Pública, dentro del cual se encuentra la actividad contractual y precontractual del Estado. (Expósito, 2022, p.79).

En este sentido, tal y como indica Arenas (2020), este artículo comprende los lineamientos generales de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, así como la acción de repetición que tienen las entidades estatales contra sus funcionarios públicos, en los casos en que la responsabilidad sea consecuencia de su comportamiento culposo o doloso. (p.7).

Posteriormente, la ley 80 de 1993, la cual comprende la base y estructura del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- EGCAP, prescribe en su artículo 26 el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, el cual desarrolla que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán

indemnizar los daños que se causen por razón de ellas, por lo que, en el campo de la contratación estatal, este principio establece que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

En consonancia con lo anterior, el artículo 24 de la ley 80 de 1993 proscribire que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se deberán definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso. Así mismo, establece que, conforme al principio de transparencia, se deberán definir reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de las altas cortes, principalmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, particularmente su sección tercera, ha desarrollado a través del análisis y la resolución de distintos casos, el alcance y aplicación del régimen de responsabilidad del Estado y el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, definiendo de manera más precisa los elementos estructurales que los componen, como lo son la producción del daño antijurídico y la atribución del título o nexo de imputación, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado (66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)(2011)) al indicar que:

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de

los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Respecto a la producción del daño antijurídico, se plantea que es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Para adentrarnos más al concepto de daño antijurídico, es menester primero tener claridad respecto a qué entendemos por “daño”.

Conforme lo ha indicado Henao (2015), es posible definir el daño como toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, ya sea de derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce específico y que puede ser objeto de reparación si se cumplen con los requisitos de imputación y fundamento del deber de reparar. (p.35).

En este sentido, para que el daño configurado, esto es, la afrenta a los intereses lícitos de una persona, resulte ser antijurídico, esto es, para que pueda operar el régimen de responsabilidad del Estado, debe constar que a la víctima no se le ha impuesto el deber jurídico de soportarlo y es por ello que la responsabilidad del Estado se compromete tanto

en su actuar antijurídico, como cuando se comporta de manera lícita y en el desarrollo de dicha actividad lícita se produce un daño. (Armenta, 2009, p.103).

Respecto a la imputación del daño, el cual comprende el segundo elemento estructural de la responsabilidad del Estado, dicha imputación exige analizar dos esferas importantes: El ámbito fáctico y la imputación jurídica, frente a la cual se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico en cabeza del Estado que opera conforme a los distintos títulos de imputación: falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional. (Consejo de Estado, 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220), 2011).

De esta manera, para que se pueda aplicar el régimen de responsabilidad del Estado, por un lado, se debe producir un daño a un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar y, por otro lado, se le debe atribuir un título de imputación, que implica un deber jurídico en cabeza del Estado de responder ante este daño.

Conforme a lo anterior, dentro de la esfera de la responsabilidad del Estado, Escobar (1999), ha indicado que la responsabilidad precontractual del Estado o culpa *in contrahendo* se verifica cuando la Administración Pública o los proponentes-oferentes, ya sean personas naturales y jurídicas nacionales y/o extranjera, con sucursal o sin sucursal en Colombia, sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de formación de la voluntad y perfeccionamiento del negocio, que determina la imposibilidad de seleccionar al proponente más idóneo, la adjudicación irregular de la licitación y/o el proceso de selección público o la falta de perfeccionamiento del contrato estatal. (p. 228).

Vale la pena destacar que la concepción de responsabilidad precontractual o responsabilidad *in contrahendo* ha sido estructurada previamente en el campo del derecho civil por el célebre doctrinante R. Von Ihering (Escobar, 1999, p. 227). En este sentido, la

culpa *in contrahendo* se configura cuando se produce un daño como resultado de una actividad culposa de la contraparte prenegocial, constituyéndose en una violación al deber de diligencia que se presenta en la etapa de contracción del negocio. (Expósito, 2022, p. 84).

Puede entonces observarse que este planteamiento es fuertemente desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628) (2020) al indicar que:

Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, no solo porque formado el contrato lo integran y orientan su interpretación (1618 y siguientes del CC), sino porque quienes se encuentran en su fase de formación deben observar las reglas de conducta inspiradas en los deberes de lealtad y corrección en el tráfico jurídico. Durante el desarrollo de esos actos, tratos o conversaciones las partes están obligadas por unas reglas jurídicas que tiene como fin asegurar protección contra la mala fe, la ligereza de su contraparte o el abuso de su libertad para concluir o no el contrato. Esas reglas suponen que una interrupción intempestiva o una ruptura abrupta y sin justificación alguna de las negociaciones previas al contrato pueden genera una responsabilidad extracontractual por culpa in contrahendo, que da derecho a una indemnización por el daño consecuencia de la frustración del negocio jurídico por la violación del “principio y deber” de actuar de buena fe.

Se debe entonces distinguir que, en el régimen de responsabilidad precontractual aplicable a la etapa previa de la celebración de los contratos estatales, se configuran dos escenarios importantes para tener en cuenta y respecto a los cuáles es menester precisar, a efectos de delimitar los alcances del presente proyecto de investigación. Se esbozan dos escenarios consistentes en: 1) La responsabilidad precontractual imputada y radicada en

cabeza del Estado, como entidad contratante para la adquisición de los bienes y servicios requeridos y 2) La responsabilidad precontractual imputada y radicada en cabeza de los proponentes que aspiran ser contratistas y que pueden fungir la calidad de personas naturales y/o jurídicas, de naturaleza pública y/o privada, nacionales y/o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia, para prestar los servicios requeridos por el contratante.

Respecto al escenario No. 2, conforme lo ha indicado Expósito (2022), se genera responsabilidad precontractual en cabeza del proponente en los casos en que: i) El proponente se negara a celebrar el contrato estatal en las condiciones propuestas y aceptadas por este, ii) El proponente realizare un ofrecimiento con precios artificialmente bajos, iii) El proponente estructurara y/o complementara sus ofertas de manera engañosa a fin de obtener la contratación y iv) El proponente retirara su oferta, posterior a haberla presentado dentro de los términos estipulados. (pp.122-129).

Conforme a las ideas anteriormente expuestas, el presente trabajo de investigación se centrará en analizar el alcance del régimen de responsabilidad precontractual del Estado bajo el escenario No. 1, analizando la posición jurídica que asume el proponente burlado, en razón de una indebida adjudicación del contrato estatal por parte de la entidad pública contratante.

En este sentido, Escobar (1999) propone que, para el caso de la Administración Pública, tan pronto esta profiere la decisión de abrir una licitación o cualquier otro procedimiento de selección de contratistas, conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- EGCAP, se adquiere el deber de observar rigurosamente los parámetros dados en la ley y el pliego de condiciones, así como de adoptar una conducta leal, diáfana y veraz que le permita escoger al contratista que haya presentado la propuesta más idónea y favorable. (pp. 228-230).

Así, indica Santaella (2018) que existen derechos radicados en cabeza de los oferentes o proponentes, cuya vulneración o desconocimiento son generadores de responsabilidad precontractual del Estado. (p.296).

Por consiguiente, en cuanto al alcance del régimen de responsabilidad precontractual del Estado, relativo al principio de responsabilidad regulado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, que comprende el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-EGCAP, el Estado debe responder por los daños producidos en los casos en los cuáles se abren licitaciones o cualquier otra modalidad de selección pública sin haberse elaborado los pliegos, estudios o diseños necesarios o cuando estos documentos hayan sido elaborados de forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzca a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo. (Expósito, 2022, p. 80).

En este orden de ideas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia con radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) (2012), ha señalado que, para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad contemplado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente por sus actuaciones u omisiones antijurídicas, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado e indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

En este sentido, cuando la Administración hubiere abierto licitaciones o concursos públicos abiertos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren debidamente necesarios o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de los funcionarios.

Conforme a lo anterior, conforme a lo indicado por Escobar (1999), en atención a ese deber en cabeza del Estado de adoptar una conducta legal, diáfana y veraz durante todo el trámite precontractual, se destacan 3 modalidades jurídicas que comprenden el régimen de responsabilidad precontractual del Estado, atendiendo las distintas fases de la etapa precontractual y/o de formación del contrato: (i) Responsabilidad precontractual del Estado por la preparación indebida de la licitación y del contrato, (ii) Responsabilidad precontractual del Estado por las irregularidades en la adjudicación y (iii) Responsabilidad precontractual del Estado por irregularidades en el perfeccionamiento del contrato. (pp. 232-235).

En este sentido, Santaella (2018) ha sintetizado que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consolidado 4 eventos de daños derivados de la actividad precontractual del Estado: i) La privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, ii) La lesión al derecho del proponente a que su oferta sea debidamente valorada, iii) La vulneración al derecho del proponente a ser adjudicatario de un contrato estatal y iv) La lesión al derecho a suscribir y/o ejecutar el contrato, una vez adjudicado. (p. 296).

Respecto a la responsabilidad precontractual del Estado por las irregularidades en la adjudicación, esta se estructura cuando se le causa un daño antijurídico al proponente que presenta la oferta más favorable, ya sea porque la entidad estatal que adelantó el correspondiente proceso de selección resuelve rechazarla ilegalmente, adjudica la licitación a quien no ha presentado la oferta más favorable y/o se abstiene o desiste de realizar la adjudicación, declarando desierta la licitación, sin que medie causal que permita adoptar esa decisión, vulnerando en todo caso los principios de responsabilidad y selección objetiva que rigen la contratación estatal.

En todos estos casos, surge la obligación en cabeza del Estado de indemnizar al proponente más idóneo burlado, en razón a que, al habersele privado de su derecho a la adjudicación del contrato estatal, se le causa un daño antijurídico, equivalente al

menoscabo o detrimento patrimonial que sufre por las ganancias o utilidades que deja de percibir por la no ejecución del contrato. (Escobar, 1999, p.235). Esto, en virtud de que el particular oferente que haya sido perjudicado y/o burlado tendrá derecho al pago del interés positivo con las explicaciones dadas. (Expósito, 2022, p.117).

La posición adoptada por la doctrina se sustenta en la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal, especialmente los principios de selección objetiva y transparencia.

Respecto al primer principio, conforme a lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21489) (2012), la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas, para el efecto, con carácter enunciativo, el EGCAP consagra factores determinantes para esa elección, los cuáles deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones y deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

El deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de todos los demás principios que la rigen, pues con este se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamente en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva.

De igual modo, ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado (07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) (2012)) que, en el ejercicio de la contratación pública, debe primar de igual manera el principio de transparencia, el cual persigue la garantía que en la formación del contrato se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial,

alejada de todo favoritismo y extraña a cualquier factor político, económico o familiar. Este principio de transparencia obliga a la administración a indicar los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

A partir de lo anterior, podemos observar cómo la responsabilidad precontractual del Estado constituye un régimen jurídico que alude al deber que tienen las partes de actuar en atención a los principios de selección objetiva y transparencia que rigen la contratación estatal. No obstante, partiendo del génesis del régimen de la responsabilidad precontractual *y/o culpa in contrahendo* aplicables en el campo del derecho civil, podemos ver que el régimen de responsabilidad precontractual del Estado también se sustenta en los principios de legalidad, responsabilidad, buena fe y lealtad negocial, aplicables también en el campo de la contratación estatal, principios que presuponen un derecho del proponente burlado a una indemnización por el daño producido a este como consecuencia de la violación de estos principios, la indebida actuación del Estado y la consecuente frustración del negocio jurídico estimado, localizándose así el daño antijurídico producido a este y la imputación jurídica que se le atribuiría al Estado, como estructurador de la licitación y/o proceso de selección.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado (220822 66001-23-31-000-1992-01919-01-(14576) (2006)), ha sostenido que en los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato al proponente más idóneo o cuando adjudican a quien no debía ocupar el primer orden de elegibilidad, conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, al negarle al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que exige la prueba específica del mismo y de su alcance.

Así, conforme lo ha sostenido Expósito (2022), para que las partes tengan el derecho a la indemnización del daño producido en la etapa precontractual, tendrán la carga de probar que se sujetaron a las exigencias legales y reglamentarias vigentes. (pp. 94-95).

En este orden de ideas, conforme lo ha preceptuado la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 2083318-25000-23-26-000-1997-13395-01 (26366) (2014), para que nazca la obligación del Estado de reparar el daño causado en una situación de responsabilidad precontractual, se deben configurar los siguientes supuestos:

- a) Que el daño se haya producido.
- b) Que exista una situación real de negociación, cuya finalidad sea la posible celebración del contrato.
- c) Que de los tratos se haya generado una situación de confianza legítima de la que se pueda esperar la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato.
- d) Que la ruptura haya sido contraria a la situación esperada conforme a la confianza que se generó y a los usos y prácticas usuales de los negocios, es decir, a los deberes precontractuales de corrección y probidad y buena fe.

Es importante anotar que, tal y como lo ha indicado Henao (2015), para efectos de la reparación del daño donde se haya causado un perjuicio al actor, procede su correspondiente indemnización, independiente de si se produce a partir de un hecho o de un acto administrativo. (pp. 59-60).

Ahora bien, respecto a la reparación del daño producido por la indebida adjudicación del contrato estatal, tal y como lo expone Expósito (2022), el Consejo de Estado ha señalado que no son objeto de reconocimiento para los proponentes burlados los gastos en que incurrieron para la preparación de sus respectivas propuestas, pues estos constituyen el

costo de oportunidad incurrido para participar en las correspondientes licitaciones y/o procedimientos de selección. (p.117).

Por su parte, el máximo tribunal en reiterada jurisprudencia ha indicado que la indemnización de los perjuicios ocasionados en razón a la indebida adjudicación del contrato estatal corresponde al valor que hubiese percibido el proponente burlado relativo a las utilidades dejadas de percibir, por la no ejecución del contrato que por derecho le correspondía.

En este sentido, ha señalado el Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 251570-76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792) (2002) lo siguiente:

Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación del contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. A igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que en estos eventos surge la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual y que comprende todos los regímenes jurídicos de responsabilidad del Estado; esa responsabilidad determina la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios causados, toda vez que están presentes los elementos que la configuran, resaltando que el daño sufrido por el demandante no le es imputable y por tanto la conducta irregular de la Administración, al no haberle adjudicado a aquel debiéndolo hacer, se convierte en causa única o exclusiva en el daño antijurídico padecido por proponente que debió ser adjudicatario, en este caso el demandante.

Conforme a lo anterior y de acuerdo con el análisis planteado por Expósito (2022), la actual tesis que aplica el máximo órgano de cierre en la jurisdicción contencioso-administrativa, correlativa a la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente afectado por la indebida adjudicación del contrato estatal, se fundamenta en que:

(1) La indemnización del proponente corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, en este sentido, no se puede conceder una indemnización superior, porque constituiría un daño eventual, es decir, carecería de certeza; (2) la indemnización no puede ser inferior, porque el juez no puede deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad esperada de haber podido ejecutar el contrato estatal; y (3) la única forma de indemnizar un porcentaje inferior al proponente es que se probara que hay desproporción en la utilidad esperada o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla. (pp. 149-150).

Sobre estos eventos, respecto a la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente que no fue debidamente adjudicado y la aplicación del régimen de responsabilidad *in contra hendo*, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha logrado construir una línea jurisprudencial importante que se puede consolidar en 3 posiciones importantes:

- i) En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar en forma plena tanto el lucro cesante como el daño emergente, equivaliendo así al pago del 100% de la utilidad esperada.
- ii) Posteriormente, la sección tercera del Consejo de Estado estimó que la indemnización debida no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada, considerando que la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera

expectativa que bien podría resultar inferior de haberse ejecutado el contrato realmente y que el proponente perjudicado no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización del 100% de la utilidad esperada, tratándose entonces de la indemnización de un perjuicio incierto. Conforme a esta posición, la indemnización correspondería a solo un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial.

- iii) Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado retoma la primera posición adoptada, reconociéndole al proponente burlado la indemnización correspondiente al 100% de la utilidad dejada de percibir, esto, pues, la sección tercera del Consejo de Estado reconsidera que es imposible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad esperada, pues el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior. (Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 220822 66001-23-31-000-1992-01919-01-(14576), 2006)).

Dada la naturaleza del perjuicio cierto y futuro que sufre el proponente burlado, el quantum de este es determinable mediante la valoración de la oferta económica del proponente, ya que contiene los costos directos e indirectos en que incurrirá el oferente si se le hubiere adjudicado el contrato, así como de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada. (Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 251570- 76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792), 2002).

Esta última posición es la más reiterada y aplicada por parte de la jurisdicción contencioso administrativa para la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente que no

fue debidamente adjudicado, esto pues ha sido reiterativa en indicar que cuando a un proponente se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario de un contrato, se le causa un daño antijurídico, del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato que no le fue debidamente adjudicado, constituyendo una pérdida de oportunidad que se configura en un lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto. (Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 251570- 76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792), 2002).

Al respecto, teniendo en cuenta la postura reiterativa establecida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, se destaca que el proponente burlado, al momento de interponer el medio de control correspondiente, deviene una doble carga probatoria.

De una parte, debe demostrar que la resolución de adjudicación expedida por la entidad estatal lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico colombiano y de otra, debe demostrar que su propuesta constituía en la más idónea y conveniente para la Administración, con estricta observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos, atendiendo así los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado (la producción del daño antijurídico y la atribución del título de imputación jurídica).

En este sentido, el ofrecimiento más favorable constituiría aquel que, teniendo en cuenta los factores de ponderación tales como la oferta económica, factores técnicos ponderables, entre otros, y los criterios habilitantes de índole jurídico, técnico y financiero, dados en el pliego de condiciones, resulta ser el más ventajoso para la entidad, conforme al principio de selección objetiva, es decir, el que resulte habilitado en los componentes técnicos, financieros, contables y jurídicos y con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación realizada por la entidad, en atención a aplicación irrestricta de las normas dadas

en el pliego de condiciones. (Consejo de Estado, 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), 2012).

Una vez expuesto el fundamento normativo, doctrinario y jurisprudencial que regula el régimen de responsabilidad precontractual del Estado por la indebida adjudicación del contrato, a continuación, se procederá a abordar en mayor profundidad en el principal tema objeto de investigación, respecto al debido reconocimiento de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal, esto es, la experiencia que no pudo adquirir con ocasión del contrato estatal que por derecho le correspondía ejecutar. Para ello, en el siguiente capítulo del presente trabajo de investigación, se abordará en mayor profundidad el concepto y la caracterización de la “experiencia” en materia de contratación estatal y como esta logra componerse en un activo inmaterial del proponente burlado, que hace parte de su patrimonio.

## CAPÍTULO 2: CARACTERIZACIÓN DE LA “EXPERIENCIA” EN MATERIA DEL CONTRATO ESTATAL Y COMO ELLA COMPONE UN ACTIVO INMATERIAL.

Una vez indagado el fundamento normativo, legal, doctrinario y jurisprudencial que ha tratado el régimen de responsabilidad precontractual del Estado por indebida adjudicación, a continuación, se procederá en este segundo capítulo a caracterizar el concepto de la “experiencia” en materia de contratación estatal y como esta compone un activo intangible e inmaterial de los oferentes y contratistas del Estado, ya sean personas naturales y/o jurídicas de naturaleza privada y/o pública, nacionales y/o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia.

En el campo de la contratación estatal, el concepto de “experiencia” se define y regula a partir del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, norma que integra el EGCAP y el cual estipula los criterios de selección objetiva (que comprenden los requisitos jurídicos, financieros, organizacionales y técnicos habilitantes y los factores ponderables) que deben atender y ceñirse las entidades contratantes en el marco de los procesos de selección que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Conforme a lo anterior, el artículo de referencia dispone lo siguiente:

Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con**

**excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con con lo cual se expedirá la respectiva certificación.**

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

lo cual se expedirá la respectiva certificación.

(...)

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De

conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

(...)

Parágrafo 1: La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

(...)

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. (...)

(Negrilla por fuera del texto).

En atención a lo anterior, se vislumbra como el concepto de “experiencia” a nivel legal se configura, por regla general, como un requisito de carácter habilitante en los procesos de selección de contratistas y, excepcionalmente, como factor ponderable o de puntuación en

los procesos de selección de consultores. En este orden de ideas, la acreditación del requisito de experiencia dado por la ley tiene como objetivo primario medir la aptitud del proponente interesado para participar en un proceso de selección y ejecutar de forma idónea el contrato estatal derivado de este proceso, en caso de ser adjudicado. (Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, 2022, p.2).

Tal y como lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333) (2016), al establecerse la experiencia como requisito habilitante, se tiene como propósito que las entidades fijen unos requisitos mínimos de idoneidad técnica que deben acreditar los proponentes interesados para que puedan verificar su aptitud para participar en el proceso de selección de interés y, eventualmente, ejecutar de forma óptima el contrato estatal.

Conforme a lo dispuesto en el EGCAP, al ser la experiencia por regla general un requisito habilitante, implica que este puede subsanarse, teniendo en cuenta que se trata de un requisito que no afecta la asignación de puntaje (salvo en los procesos de consultoría en los cuáles se puede exigir adicionalmente la acreditación de la experiencia del proponente como factor ponderable, en virtud de la complejidad y especialidad del objeto contractual a ejecutar), por lo que la no acreditación de la experiencia al momento de la presentación de la oferta no implica el rechazo de la misma, sino que los proponentes podrán acreditarla en el término que otorgue la entidad contratante para el traslado del informe de evaluación, siempre y cuando no se trate de la acreditación de hechos o circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha límite de presentación de la oferta.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 2095328 25000-23-31-000-2005-01178-01 (40660) (2015), ha señalado que la subsanación de las ofertas se encuentra supeditada a la posibilidad que tienen los proponentes de remediar un

defecto o error de sus propuestas, sin que ello implique la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.

Lo anterior significa que, en el caso en que un proponente omita aportar la copia del contrato o el certificado de experiencia requerido por la entidad contratante como requisito habilitante, este tendrá la posibilidad de aportar estos documentos en el término de traslado del informe de evaluación, siempre y cuando la experiencia que pretenda acreditar en el proceso de selección se haya ejecutado con anterioridad a la fecha de cierre del proceso, esto es, anterior a la fecha y hora máximas dispuestas por la entidad contratante para la presentación de las propuestas.

Podemos vislumbrar como el requisito de experiencia se configura como un requisito habilitante de índole técnico y, excepcionalmente, factor ponderable que deben estipular las entidades estatales contratantes, con el fin de medir la aptitud técnica que tiene el proponente para llevar a cabo la ejecución del objeto contractual respecto al cual se encuentra interesado, aptitud que se mide a partir de la trazabilidad y documentación de los contratos y proyectos anteriores que ha ejecutado con entidades públicas y/o privadas, y que tienen similar naturaleza y objeto al del contrato, derivado del proceso de selección frente al cual está interesado en participar.

De esta manera, tal y como lo dispone la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (2023), la experiencia logra ser acreditada por un oferente interesado cuando es afín al tipo de actividades incluidas dentro del objeto del contrato a celebrar, afinidad que no necesariamente implica que el objeto del contrato ejecutado sea idéntico al del proceso de selección aspirado, pero sí que tenga relación directa con este.  
(p.15).

Tal y como lo contempla la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (2023), la experiencia debe ser entendida como el conocimiento técnico que obtiene el proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato con entidades públicas, privadas, nacionales o extranjeras. (p.14).

Es menester precisar que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, fungiendo como organismo técnico especializado que se encarga de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4170 de 2011, ha considerado en numerosos pronunciamientos que no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes, ya que, precisamente, de esa experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, en la medida en que se logra garantizar que no existirá improvisación o mayores costos para la entidad contratante por errores o dificultades derivados de realizar una actividad por primera vez. (pp. 9-10).

Ahora bien, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (2023), ha resaltado que la experiencia comprende las siguientes características: i) La experiencia es de índole personal, lo que implica que se adquiere participando directa o indirectamente, sin que sea posible no participar y tener una experiencia que no es propia, ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la que se haya compartido a una persona se entienda suya propiamente, como es el caso de la experiencia adquirida a través de las figuras asociativas, iii) La experiencia se puede transferir, puesto que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra y esta última acredita esa experiencia como propia y iv) Cuando la persona que adquirió la experiencia desaparece o se liquida, no es posible que compare o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió. (p.10).

Siguiendo este orden de ideas, y en atención a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del decreto 1082 de 2015, la entidad estatal, como responsable de la estructuración del proceso de selección, es autónoma para requerir a los proponentes la experiencia necesaria como requisito habilitante en los pliegos de condiciones o en la respectiva invitación pública, frente a lo cual debe ceñirse a los siguientes parámetros para poder establecer los requisitos mínimos y llevar a cabo la calificación de las propuestas: a) el riesgo del proceso de contratación, b) el valor del contrato objeto del proceso de contratación, c) el análisis del sector económico respectivo y d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Conforme a lo anterior, el artículo 6 de la ley 1150 de 2007 estipula que la experiencia es evaluada y verificada por la entidad a través del Registro Único de Proponentes RUP, con excepción de los procesos de contratación directa, los contratos para la prestación de servicios de salud, los contratos de mínima cuantía, la enajenación de bienes del Estado, los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. Lo anterior, ya que la norma en cuestión establece que: “En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.”

De esta manera, todas las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, ya sean nacionales o extranjeras, con sucursal o sin sucursal en Colombia que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en los casos antes citados, deben inscribir la experiencia de los contratos que han ejecutado en el correspondiente RUP para que esta

pueda ser debidamente evaluada y acreditada por la entidad contratante, so pena de no poder considerarse en la etapa de evaluación de las propuestas y por ende, rechazarse.

En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del decreto 1082 de 2015 establece que la información que deben reportar los proponentes interesados en el correspondiente RUP comprenden los certificados de la experiencia adquirida en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerán a las entidades estatales, las cuáles deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o, en su defecto, copias de los contratos cuando el proponente interesado no pueda obtener tal certificado.

De esta manera, el proponente interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que adquirió y que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios UNSPSC en el tercer nivel.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (2023), establece que los proponentes interesados deben registrar en el RUP, sin restricción alguna, los contratos que hayan celebrado para suministrar obras, bienes o servicios, esto pues la experiencia, al no agotarse con el paso del tiempo, supone que los proponentes tienen una mayor experticia técnica a medida que vayan celebrando y ejecutando más contratos ligados al que pretenden ser adjudicatarios, pues ello implica la obtención y el desarrollo de más conocimientos técnicos que les logran generar un mayor valor agregado, lo que implica que se pueda generar una mayor confianza en que podrán ejecutar el objeto contractual, sin contratiempos. (p.15).

Como bien se mencionó previamente, respecto a la acreditación de la experiencia como factor ponderable (a manera excepcional), conforme a lo dispuesto en el numeral 4) del

artículo 5) de la ley 1150 de 2007, se establece la experiencia del proponente como factor ponderable o de puntuación en la modalidad de selección de concurso de méritos, regulada en el artículo 2 de la ley 1150 de 2008, sin que se configure una obligación legal expresa de exigir la inscripción de los contratos que acreditan la experiencia en el RUP para su evaluación. Esta modalidad de selección corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación.

En consecuencia, como lo ha manifestado la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (2023), la experiencia debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificaciones de los contratos celebrados por el oferente interesado con las diferentes entidades contratantes, quienes los expiden dando cuenta del contrato ejecutado y de que recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente. De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente haya celebrado o ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer a través el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea totalmente idéntico, pero sí que tenga una relación directa que dé cuenta de la experticia técnica para proveer los bienes requeridos o prestar los servicios solicitados.

Ahora bien, teniendo una mayor claridad conceptual respecto al concepto de experiencia y sus implicaciones en el ámbito de la contratación estatal, a continuación, se procederá a definir su alcance como un activo inmaterial de los proponentes, ya sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con o sin sucursal en Colombia, interesados en participar en los procesos de selección públicos.

A nivel normativo, los activos inmateriales o intangibles se definen por primera vez en el artículo 66 del decreto 2649 de 1993, el cual reglamentó la contabilidad en general y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

De esta manera, el artículo 66 del decreto precitado estableció que los activos intangibles son aquellos recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.

Como más adelante señaló este artículo, el valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe re expresar como consecuencia de la inflación y, para reconocer la contribución de estos activos a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil, la cual se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual.

Ahora bien, como bien lo comentan Báez y Gómez (2020), si bien el decreto 2649 de 1993 fue posteriormente derogado con la expedición de la ley 1314 de 2009 y el decreto 2429 de 2015, que dieron pie a la introducción de las normas de información financiera en Colombia, se retoma a partir de la Norma Internacional de Contabilidad NIC 38 la definición de activo intangible, al establecerse como un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física, que se posee para ser utilizado en la producción o suministro de bienes y servicios, para ser arrendado a terceros o para funciones relacionadas con la administración de la entidad. (p. 16.)

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) (2009), ha señalado que los bienes o activos intangibles comprenden aquellos recursos que carecen de naturaleza material, implican un

derecho o privilegio oponible a terceros y de cuyo ejercicio o explotación se obtienen beneficios económicos.

Conforme a lo anterior, el Consultorio Contable de la Universidad EAFIT define el activo inmaterial o intangible como un activo identificable de carácter no monetario y sin apariencia, esto es, un bien inmaterial, representado en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque contribuyen para una empresa un aumento de ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico, constituyéndose así en derechos que se compran o desarrollan en el curso normal de los negocios. A modo de ejemplo, se pueden esbozar como activos inmateriales o intangibles el crédito mercantil, marcas, patentes, concesiones, franquicias, derechos, *know how* y licencias (p.1).

En este sentido, conforme a las normas de contabilidad en Colombia, se reconocen dos tipos de activos intangibles: formados y adquiridos. Así, los activos intangibles adquiridos comprenden aquellos obtenidos por medio de un pago específico para su adquisición y los activos intangibles formados comprenden aquellos que se desarrollan internamente por su propietario, bien sea que se crearan de sus labores o por estudios e investigaciones. (Báez & Gómez, 2020, pp.8-9). Tal y como lo establece la NIC 38, los activos intangibles se pueden adquirir mediante compra, ser generados internamente y por combinación de negocio, entre otros.

En virtud de lo anterior, los activos intangibles, aunque no tengan una forma física y palpable, cumplen una función muy importante para las empresas, ya que pueden ser identificables, pueden controlarse, generan un beneficio económico futuro y hacen parte de la base estructural de una organización. (Báez & Gómez, 2020, p.11).

Como bien señalan Báez y Gómez (2020), de acuerdo con la NIC 38, los activos intangibles para ser reconocidos y contabilizados deben cumplir con los siguientes requisitos: 1) El

activo debe ser identificable, es decir, susceptible de ser separado de la entidad y vendido, transferido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o que surjan derechos contractuales, 2) El activo debe ser controlado por la empresa, es decir que de él se puedan obtener los beneficios económicos futuros y se pueda restringir el acceso de este a terceros, 3) El activo debe generar ingresos derivados del desarrollo de actividades ordinarias y ahorrar costos y 4) Su costo puede ser medido de forma fiable. (pp.17-18).

Así, tal y como lo señala Lainez (2012), dentro de los activos intangibles que cumplen con los requisitos mencionados, se destacan: el conocimiento científico tecnológico (*know how*), nuevos procesos o sistemas, franquicias, patentes, marcas, licencias de software, derechos de transmisión de tv o radiales, cuotas de importación, entre otros. (pp.23-24).

El concepto de activo intangible, como bien lo ha señalado Lainez (2012), se ha originado por los cambios presentados en las actividades de comercio en Colombia, gracias a la globalización, revolución tecnológica, entre otros, se ha incentivado en mayor medida el uso de conocimientos, habilidades, creatividad e innovación, permitiéndose así que se preste una mayor atención al valor del conocimiento adquirido, convirtiéndose así en un factor clave para la competitividad de las empresas. (p. 13.)

Adentrándonos más en los ejemplos de activos inmateriales o intangibles, podemos destacar el *Know how*, el cual, al traducirse en el idioma español en “saber hacer”, hace referencia al conocimiento adquirido que ha adquirido un particular en el sentido técnico, específico y especializado para realizar un proceso o industria concreto, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia que se ha adquirido a lo largo de años a partir del ejercicio cotidiano y profesional de la actividad. (Alfaro, 2013, p. 236).

Tal y como lo señala Alfaro (2013), el *know how* comprende entonces “el conjunto de conocimientos técnicos relativamente originales y secretos, o por lo menos escasos, que permiten a quien los detenta una posición privilegiada en el mercado.” (p.238).

De igual modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado (41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) (2009), ha indicado que el *know how* responde a la totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia inmersos en los procedimientos aplicados por las empresas o individuos para el desarrollo de su objeto social. Así, se define como un activo intangible apreciable en dinero, del conocimiento práctico sobre la forma de hacer algo con facilidad y eficiencia, aprovechando al máximo los esfuerzos y experiencias acumuladas en un arte o técnica.

Observando la importancia que acarrea la protección de los activos intangibles o inmateriales que constituyen el patrimonio de los particulares, se configura el derecho de propiedad industrial, el cual goza de garantía constitucional y se encuentra sujeta el régimen que imponga la ley, en aplicación al artículo 150 de la Constitución, así como a las restricciones y obligaciones que implican la función social de la propiedad y la prevalencia del interés general. (Corte Constitucional, sentencia T-381, 1993).

Conforme a lo anterior, podemos vislumbrar cómo la experiencia adquirida por los proponentes interesados en presentarse en un proceso de selección, ya sean personas naturales o jurídicas, constituye y hace parte de su *know how*, pues precisamente a partir de la experiencia que adquieren a partir de la ejecución de ciertos negocios y/o contratos celebrados ya sea con particulares y/o entidades públicas, se obtienen conocimientos, estrategias y manejos valiosos que tienen una incidencia directa en el vínculo que se establece entre el proceso que se desarrolla y sus resultados, resultados que les permiten destacarse en el mercado, incorporarles un valor agregado y contribuir al desarrollo de la sociedad.

Adicionalmente, tal y como resaltan Báez y Gómez (2020), con el conocimiento intelectual y empresarial que comprende el *know how*, se les permite a los proponentes realizar labores a corto plazo, logrando optimizar sus gastos. (p.14).

La experiencia que se adquiere a partir de la celebración de diversos negocios jurídicos permite a quienes la ejecutan desarrollar diversos factores y estrategias técnicas, científicos, logísticos, jurídicos y administrativos que, combinados, permiten una fabricación o transformación de productos o servicios con resultados específicos y característicos de la industria que los posee.

A partir de la experiencia que adquieren los proponentes, se desarrollan planes, reglas y métodos específicos aplicables y utilizados en las actividades comerciales que desempeñan y que tienen reconocimiento y protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de lo anterior, puede esbozarse como la experiencia, al estar inmersa en el *know how*, comprende un activo inmaterial de gran envergadura en el patrimonio de las personas naturales y/o jurídicas. Podría entonces concluirse que, a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal, al proponente burlado no sólo se le estaría privado de su derecho a obtener utilidades derivadas de la ejecución del contrato que por derecho le correspondía, sino también a adquirir experiencia que podría brindarle mayores conocimientos y saberes especializados para ejecutar ciertas actividades y/o brindar determinados bienes, que podría brindarle un mayor valor agregado y que comprende un activo valorable en dinero que integra su patrimonio.

### CAPÍTULO 3: EL CORRESPONDIENTE MEDIO DE CONTROL A INTERPONER ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES RUP.

Una vez analizada la caracterización de la experiencia en el campo de la contratación estatal y como esta compone un activo inmaterial o intangible de los proponentes y contratistas del Estado al hacer parte de su *know how*, que corresponde este último al conocimiento que ha adquirido un particular en el sentido técnico, específico y especializado para desarrollar un proceso, actividad o industria en concreto. Así, el *know how* tiene su base y desarrollo a partir de la experiencia que ha adquirido su titular con el paso del tiempo, a partir del ejercicio cotidiano y profesional de la actividad o servicio en concreto. (Alfaro, 2013, p.236).

Entendiendo que a raíz de la indebida adjudicación del contrato estatal al proponente burlado se le estaría privando su derecho de adquirir experiencia, que podría brindarle mayores conocimientos y saberes especializados para la ejecución de actividades y la prestación de bienes y servicios, lo que constituye un activo apreciable en dinero que integra su patrimonio y le brindaría un mayor valor agregado en el mercado, en el presente capítulo se pretende indagar respecto al medio de control que podría el proponente burlado interponer ante la jurisdicción contencioso administrativa para solicitar el reconocimiento de esa experiencia no ejecutada, por parte de la entidad contratante demandada, y su eventual inscripción en el Registro Único de Proponentes RUP.

Analizar este componente en el presente capítulo es pertinente a la luz de la garantía y protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, pues permitirá al proponente burlado por la indebida adjudicación hacer valer sus derechos e intereses a través de una decisión de fondo, conforme a las garantías que atañen la controversia procesal.

En este sentido, Santofimio (2004) indica que la aplicación del derecho al acceso a la administración de justicia conlleva que un juez debidamente instituido deba resolver todos los conflictos en que se pueda ver involucrado un sujeto de derecho y que esa justicia sea efectiva, resolviendo de manera celera y de fondo los litigios puestos a su consideración. (p.45).

El control de legalidad de la actividad estatal en Colombia está encomendado a una jurisdicción especial, la cual se sujeta a unas reglas propias, las cuáles, si bien son derivadas del derecho procesal general, tienen especificidades que la distinguen de la jurisdicción ordinaria y constitucional.

La jurisdicción contencioso administrativa, conforme lo ha sostenido Rave (2013), fue creada para encargarse de juzgar controversias y litigios administrativos originados de la actividad de las entidades públicas o la de los particulares que ejercen funciones públicas. De igual modo, el Consejo de Estado (2017) la ha definido como: “(...) *la encargada de resolver las demandas en las que estén involucradas las entidades públicas o los particulares que ejerzan una función administrativa.*” (p.10).

En este orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, el Consejo de Estado comprende el máximo tribunal de la jurisdicción especial de lo contencioso y el cuerpo consultivo del Gobierno para los asuntos de administración. A nivel regional, este control se ejerce por parte de los tribunales administrativos y cuando se implementen, por parte de los juzgados a nivel local y seccional. (Rave, 2013, p.45).

Conforme al control judicial efectuado a la actividad de las entidades públicas y los particulares que ejercen funciones públicas, se consolida la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, no obstante lo anterior, como bien lo ha sostenido Santofimio (2004), a la jurisdicción contencioso administrativa, además de sus atribuciones ordinarias

de control judicial, se le confía adicionalmente un permanente control a la Constitución. (p. 48).

Para adentrarnos más en sus orígenes, Santofimio (2004) ha indicado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo a nivel histórico se ha consolidado como efecto de la marcada desconfianza en las relaciones de los poderes públicos emergidos a partir del desarrollo de la Ilustración y la Revolución Francesa, específicamente entre los poderes ejecutivo y judicial, que dieron origen a la ruptura del control judicial ordinario a la actividad gubernativa y el surgimiento de un mecanismo propio, independiente y especializado en resolución de conflictos para la administración pública. (p. 29).

Este sistema fue posteriormente adoptado dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien el Consejo de Estado colombiano inicialmente se constituyó como un órgano consultivo del gobierno, cuya función consistía en asesorar al jefe de Estado sobre los proyectos de ley y reglamento que regulaban la vida nacional, a partir de la expedición de la Constitución de 1886 se consolidó la necesidad de que existiera, además de un órgano consultivo, un cuerpo de jueces que controlara la actividad del Estado y resolviera sus demandas, es decir, una jurisdicción especializada encargada de asumir ese control judicial en concreto, necesidad que continuó latente con la expedición de la Constitución de 1991. (Consejo de Estado, 2017, p.7).

Con base en lo anterior y como bien lo sostiene Santofimio (2004), el objeto específico y tradicional de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro ordenamiento jurídico se consolida y termina regulándose actualmente en los artículos 236, 237 y 238 de la Constitución Política de Colombia. No obstante lo anterior, las tres disposiciones constitucionales de referencia no resultan suficientes para delimitar el alcance definitivo y preciso que esta jurisdicción especial ha adquirido en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que implica llevar a cabo un análisis sistemático no sólo del texto constitucional, sino

también de las normas legales que la han desarrollado, principalmente las dispuestas en la ley 1437 de 2011 que estructura el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). (pp. 71-72).

Conforme al estudio integral de las normas constitucionales y legales que regulan el objeto y alcance de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, se establecen claramente los actos o manifestaciones de las entidades públicas y los particulares que ejercen funciones públicas que pueden ser objeto de control jurisdiccional. Así, se destacan que pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa: i) Los actos administrativos individuales, generales y mixtos, ii) Los actos políticos o de gobierno y iii) Los actos disciplinarios, sancionatorios y de control fiscal. (Santofimio, 2004, pp.74-79).

Respecto al control de los actos administrativos individuales, generales o mixtos, conforme lo sostiene Santofimio (2004), constituyen objeto de control de la jurisdicción contencioso administrativa los actos administrativos entendidos bajo los criterios formales y materiales, es decir, constituye objeto de control de esta jurisdicción toda aquella manifestación de la voluntad unilateral o bilateral derivada del ejercicio de la función administrativa, emanada tanto de entidades públicas como privadas (cuando estos desempeñen funciones administrativas, como es el caso de las notarías, curadurías y/o cámaras de comercio) y encaminada a la producción de efectos jurídicos. Lo anterior implica que es impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa toda decisión de la administración que produzca efectos jurídicos, al igual que todo contrato en el que una de las partes sea una entidad estatal. (pp.75-77).

Para ejercer el control de los actos administrativos individuales, generales o mixtos, se configura en la Ley 1437 de 2011, CPACA, las respectivas acciones procesales y medios

de control, en virtud de las disposiciones dadas en el artículo 89 de la Constitución Política de Colombia que contempla lo siguiente:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

(Subrayado por fuera del texto).

Conforme a lo anterior, el anterior precepto le entregó al legislador la potestad de determinar los caminos procesales y procedimentales que garantizan la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública, al igual que las vías necesarias para el mantenimiento y preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. (Santofimio, 2004, p. 129).

Los medios de control, tal y como sostiene Santofimio (2004), constituyen un sistema de acciones procesales dirigidas a establecer instrumentos efectivos de controles y garantías en manos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual amplía de manera significativa el objeto tradicional de esta jurisdicción en favor de los asociados y sobre todo del interés general y los derechos colectivos. (p.129).

Entre los medios de control dados en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, se destaca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual lo define el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el

daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Respecto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual fue anteriormente regulado en el artículo 85 del decreto 01 de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, se destaca que hay un derecho particular involucrado, esto es, un derecho subjetivo amparado en una norma que se ve afectado en virtud de un acto administrativo. Se trata entonces de una acción procesal de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo que se encuentra viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su apoderado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se declare la nulidad del mismo, lo que implica que pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño. (Santofimio, 2004, pp. 200-201).

Conforme a lo anterior, Santofimio (2004), ha caracterizado detalladamente este medio de control en los siguientes términos:

Desde esta perspectiva, la técnica de la impugnación por parte de la persona interesada varía radicalmente frente a lo expuesto a propósito de la acción de simple nulidad e incluso de la reparación directa. Así las cosas, la acción procede frente a los actos administrativos incurridos en algunas de las causales de nulidad expuestas a propósito de la simple nulidad y que ocasionen perjuicios o daños a la persona interesada en sus derechos subjetivos; si los daños a los derechos se derivan no del contenido de un acto, sino de la indebida ejecución del mismo por parte de la administración, la acción no sería la de restablecimiento del derecho, sino por el contrario, la de reparación directa, en razón de las indebidas operaciones protagonizadas por la administración. (p.202).

De esta manera, tal y como lo establece Vidal (1994), en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se proclama que toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo que esté amparado por una norma jurídica podrá pedir que, además de la anulación del acto administrativo que produce esa afectación, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño. (p.296).

En este mismo orden de ideas, Santofimio (2004) ha indicado que:

En los casos de restablecimiento del derecho le corresponde a quien se considere vulnerado en sus derechos, no sólo exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, sino también la forma como su derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad, para que como consecuencia de ese juicio se pueda deducir el tipo de restablecimiento que le corresponda, con cargo a la administración. El *petitum* al juez resulta por lo tanto complejo, no sólo implica un juicio de legalidad, sino también de reparación para restablecer los derechos vulnerados. En la práctica se combinan pretensiones declarativas y condenatorias. Las primeras respecto del juicio de

legalidad, las segundas en lo correspondiente al restablecimiento del derecho. La sentencia que resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho producirá efectos interpartes, esto es, tan sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido la declaración pretendida. (p.203).

Al respecto, es importante anotar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por un acto administrativo y no por un hecho, un contrato, una operación, una ocupación o una omisión de la administración, lo que la distingue claramente de otros medios de control tales como la acción de reparación directa o la acción de controversias contractuales, cuya fuente radica en la protección de los derechos de los particulares y vulnerados por un contrato, hecho, operación, ocupación y/o omisión de la administración. (Santofimio, 2004, p.202).

En este sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del CPACA, puede ejercer el respectivo medio de control toda persona quien se crea lesionada en un derecho subjetivo por la ejecutoria de un acto administrativo y lo podrá hacer dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del correspondiente acto administrativo que se encuentra viciado de nulidad. (Consejo de Estado, 25000-23-42-000-2017-00602-01(0253-19), 2021).

Conforme a los componentes que caracterizan el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme y reiterativa en establecer que, en los casos en los cuáles un proponente perciba vulnerados sus derechos a raíz de una indebida adjudicación, es procedente acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esto, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 77 de la ley 80 de 1993, que prescribe: *“Parágrafo 1: El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el*

*ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.”*

En atención a lo anterior, las disposiciones dadas por la normatividad vigente y la jurisprudencia del Consejo de Estado son uniformes respecto a la procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los casos en que hubiere una indebida adjudicación del contrato estatal, por cuanto, por un lado, procedería demandar la anulación del acto administrativo de adjudicación en tanto esta fue hecha en forma violatoria de las normas dadas en los pliegos de condiciones y por ende, transgresora de la ley sustantiva. Lo anterior, teniendo en cuenta que es obligación de las autoridades cumplir y hacer cumplir las leyes y obrar con lealtad y pulcritud en los asuntos que les sean encomendados, por lo que riñe contra estos principios el hecho de establecer unas reglas y luego desconocerlas la entidad que las dictó. Y, por otro lado, procedería el restablecimiento del derecho en tanto se logre demostrar que hay un derecho particular involucrado en cabeza del proponente vulnerado, por lo que procedería solicitar la reparación del daño producido por la indebida adjudicación, materializada en el acto administrativo de adjudicación. (Consejo de Estado, 21612203 (1422), 1977).

Respecto a la naturaleza y características de la adjudicación del contrato estatal, la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado ha sido enfática en que esta consiste en: (i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos, (ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado, por lo que el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes. De igual modo, puede ser controlado por la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo establece expresamente el artículo 77 de la ley 80 de 1993, y (iii)

Un acto administrativo de alcance particular, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre interés directo y personal en dicho acto. (Consejo de Estado, 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346), 2017).

Se debe tener presente que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 77 de la ley 80 de 1993, el acto administrativo de adjudicación no es susceptible de recursos por la vía gubernativa.

Es muy importante precisar que, conforme lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien se distinguen los actos precontractuales emitidos por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública-EGCAP y los actos precontractuales emitidos por las entidades estatales que se encuentren exceptuadas de este régimen de contratación, respecto al régimen jurídico que los regula, no es menos cierto que ambas tipologías son susceptibles de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto, se indica que los actos unilaterales precontractuales emitidos por las entidades estatales cuyo régimen jurídico contractual se basa en las normas del derecho privado son también sujetos de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, esto teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad que lo emanó. (Consejo de Estado, auto con radicado No. 25000-23-36-000-2017-01974-01(61132), 2018).

Por consiguiente, basándonos en un criterio netamente orgánico, son objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa los actos de adjudicación emitidos tanto por las entidades sometidas al EGCAP, como por las entidades exceptuadas de su aplicación, en atención a que, bajo ambos regímenes, sigue latente la posición de vulnerabilidad en la cual se encuentra afectado el proponente a quien por derecho se le debió adjudicar el contrato, conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones y el actuar ilegal del Estado por haber adjudicado el contrato estatal en desatención a esas

reglas, las cuáles constituyen en ley para las partes. Así, siguiendo los planteados esbozados por Vidal (1994):

El procedimiento licitatorio es fértil en la mezcla de situaciones de derechos e intereses; así, si el adjudicatario de una licitación tiene un derecho subjetivo, quienes hayan intervenido en el proceso tienen interés legítimo para jugar dentro del concurso, en no ver rechazadas sus propuestas, en que reinen allí los principios de igualdad y libertad, en que se adjudique conforme a las prescripciones del pliego de condiciones. La teoría de los actos separables, como se ha explicado antes, fue elaborada en beneficio de terceros y precisamente para que pudieran hacer valer intereses legítimos. (p.294).

Conforme a lo anterior, se produce un perjuicio al proponente cuyo ofrecimiento constituía ser el más favorable para la entidad contratante, conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones. El ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones resulta ser más ventajoso para la entidad. Así, el ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad contratante de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta. (Consejo de Estado, 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), 2012).

En atención a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que, cuando a un proponente se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario de un contrato, se le causa un daño antijurídico del que deriva un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con ocasión de la ejecución del contrato, esa pérdida de oportunidad comprende un lucro cesante, por tratarse de un perjuicio futuro cierto.

(Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 251570- 76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792), 2002).

En razón a la naturaleza y características del acto administrativo de adjudicación y la posición de vulnerabilidad en la cual se podría encontrar el proponente afectado por la indebida adjudicación del contrato estatal, teniendo en cuenta que le correspondía la adjudicación del contrato estatal conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, por la naturaleza subjetiva de la acción, debe el proponente afectado interponerla directamente.

En este sentido, a este medio de control podría acudir el proponente vulnerado por una indebida adjudicación y que pretenda no sólo la indemnización correspondiente a la pérdida de la utilidad esperada con ocasión de la ejecución del contrato, sino también el reconocimiento de la experiencia que no pudo adquirir a raíz de la indebida adjudicación del contrato. En este orden de ideas, a la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino demostrar también que su propuesta se ajusta en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que es la mejor para los intereses de la administración, pues esos supuestos son los que demostrarían su derecho a ser la adjudicataria del respectivo proceso de selección y, por tanto, a la indemnización. (Consejo de Estado, 760012331000-200102942-01 (39066), 2018).

Así, cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración, ya sea emitida por una entidad sometida al EGCAP como por una entidad exceptuada de su aplicación, y el correspondiente pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario del contrato estatal, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace

indispensable que el proponente desfavorecido que se siente lesionado en su interés jurídico, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos. (Consejo de Estado, 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688), 2012).

Lo anterior, teniendo en cuenta que siguen operando los presupuestos esenciales que caracterizan el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo son la anulación del acto administrativo de adjudicación, por haberse expedido en incumplimiento de las reglas y preceptos dados en el pliego de condiciones y/o términos de referencia, lo que hace que se encuentre viciado de nulidad, y el correspondiente restablecimiento del derecho radicado en cabeza del proponente vulnerado, como lo es el derecho a ejecutar el contrato estatal que por derecho se le debió haber adjudicado y adquirir experiencia y conocimientos valiosos, derivados de la ejecución de este contrato, que integrarían un activo intangible valioso para ese proponente.

Hemos visto que, a nivel jurisprudencial, el restablecimiento del derecho en los casos de indebida adjudicación se ha tratado como el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir, derivándose en el lucro cesante correspondiente del proponente burlado, sin embargo, atendiendo a que no sólo se le vulneró al proponente burlado su derecho a obtener una contraprestación derivada de la ejecución del contrato, sino también a obtener conocimientos y experticia valorables como activos intangibles, se indagará respecto al restablecimiento del derecho correspondiente a la experiencia derivada de la ejecución del contrato.

Este restablecimiento del derecho comprendería el reconocimiento de la experiencia que no pudo adquirir el proponente vulnerado por parte de la entidad contratante y su inscripción en el RUP.

Ahora bien, teniendo una mayor claridad respecto al medio de control al cual podría acudir el proponente vulnerado para solicitar el reconocimiento de la experiencia que no pudo ejecutar, comprendiendo que se trata de un activo intangible valorable en dinero, se procederá en el último capítulo a ahondar en mayor detalle cómo se surtiría el reconocimiento de la experiencia no ejecutada, atendiendo a los elementos esenciales que comprenden el campo de la responsabilidad civil, a partir del cual se estructuró el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, y, conforme a cómo se surtiría tal reconocimiento, si es viable solicitar la inscripción de la experiencia no ejecutada en el RUP.

Teniendo en cuenta que la experiencia que no pudo adquirir el proponente vulnerado, constituiría precisamente un derecho violentado, ahondando en mayor detalle respecto al procedimiento que se surtiría para reconocer la experiencia no ejecutada por el proponente vulnerado, se pretende en el último capítulo abordar los siguientes interrogantes, teniendo en cuenta los elementos esenciales que comprenden la acción de nulidad y restablecimiento del derecho planteados por la doctrina y la jurisprudencia: ¿El reconocimiento de la experiencia no ejecutada constituiría una pretensión meramente declarativa o podría ser condenatoria? Y ¿Se podría pretender como pretensión condenatoria la solicitud de inscripción de la experiencia no ejecutada en el RUP?

#### CAPÍTULO CUATRO: ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA NO EJECUTADA, ASÍ COMO LA RESPECTIVA INSCRIPCIÓN EN EL RUP PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL PROPONENTE VULNERADO POR LA INDEBIDA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.

Como bien se ha abordado a lo largo del presente trabajo de investigación, y entendiendo que la experiencia comprende el conocimiento que obtiene un proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las dadas en el objeto del contrato del cual pretende ser adjudicatario y que esta reviste de gran importancia en la medida en que le garantiza a la entidad contratante, en cierta medida, que no habrá improvisación, ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por vez primera, se procederá a analizar el impacto y magnitud del daño que se produce al proponente que no fue debidamente adjudicado en un proceso de selección al no habersele permitido adquirir esa experiencia anhelada y poderla inscribir en el RUP, a efectos de obtener mayores conocimientos y experticia que incrementarían su *know how*, lo que le genera un mayor valor dentro del mercado y poder acreditar y cumplir un requisito técnico habilitante y/o ponderable en futuros procesos de selección.

La indebida adjudicación del contrato estatal produce daños al proponente perjudicado desde distintos enfoques, uno de ellos, desde la imposibilidad que tiene de ejecutar el contrato estatal y obtener conocimiento práctico derivado de esta ejecución, conocimiento que no sólo hace parte de su patrimonio como un activo intangible, sino también, conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se logra protocolizar a través de la inscripción de la certificación y/o copia del respectivo contrato estatal en el RUP para poder acreditar la experiencia adquirida en futuros procesos de licitación y/o de selección públicos.

Por consiguiente, se proyecta en el presente capítulo analizar la tipificación del daño producido al proponente indebidamente adjudicado desde este componente y, conforme a las disposiciones dadas en materia de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial

extracontractual del Estado, cómo se podrían indemnizar los perjuicios ocasionados, para así finalmente indagar si es posible, en razón del reconocimiento de esa experiencia no ejecutada, inscribirla en el RUP para su acreditación en futuros procesos de selección.

Como bien se indicó previamente en el presente trabajo de investigación, y atendiendo a que el medio de control idóneo al que podría acudir el proponente burlado para el reconocimiento de la experiencia no ejecutada sería el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se pretende en este capítulo dar respuesta a cuatro preguntas clave: ¿Qué clase de daño se podría constituir al no ejecutarse la experiencia derivada del contrato que por derecho se le debió adjudicar al proponente burlado?, ¿Cómo podrían indemnizarse los perjuicios ocasionados?, ¿El reconocimiento de la experiencia no ejecutada constituiría una pretensión meramente declarativa o podría ser condenatoria? Y ¿Se podría solicitar como pretensión condenatoria la inscripción de la experiencia no ejecutada en el RUP del proponente burlado?

De esta manera, se propone explorar otra tipología de daños distinta de las utilidades dejadas de percibir, las cuáles se han identificado como lucro cesante.

En este orden de ideas, se tratará de ahondar en cómo se podría reconocer un componente tan valioso para toda persona natural y/o jurídica, nacional y/o extranjera que participa activamente en las licitaciones y/o procesos de selección públicos e indemnizar adecuadamente los perjuicios que les fueron ocasionados, con ocasión de la experiencia que no pudieron adquirir en el marco de la indebida adjudicación del contrato estatal.

Para ello, se procederá en un primer lugar a analizar si el reconocimiento de la experiencia no ejecutada, así como la respectiva inscripción en el RUP, se podrían catalogar dentro de la figura de la “pérdida de la oportunidad” para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, en contraste con las figuras típicas de “daño emergente” y “lucro cesante”. En

segundo lugar, se ahondará en el régimen resarcitorio de daños y perjuicios aplicable, en el marco de la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Lo anterior, teniendo en cuenta que, conforme al régimen establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se reconoce como medida indemnizatoria de los perjuicios ocasionados a los proponentes vulnerados por la indebida adjudicación el pago correspondiente a la utilidad dejada de percibir por la inexecución del contrato estatal, en aplicación de la figura de “lucro cesante”.

El Estado en sus distintas actuaciones y manifestaciones, ya sean legítimas o ilegítimas, puede causar daños y/o perjuicios a los ciudadanos, por lo que se estructura el régimen de responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual del Estado, tal y como lo plantea Gil (2013):

La teoría de la responsabilidad del derecho público en la actualidad se deriva de todo tipo de actos, incluso de meros hechos originados en el actuar administrativo, y no solo de aquellos actos que han sido declarados ilegales, sino que también cabe un compromiso por los daños que provienen de la actuación lícita. (p.29).

Conforme a lo anterior, el resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues el daño producido se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas. (Consejo de Estado, 227474 50001-23-26-000-1991-06081-01 (16696), 2007).

Bajo esta óptica, el artículo 90 de la Constitución, el cual estructura el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, logra asentar sus bases a partir

de principios que evocan la protección de la dignidad humana y la igualdad. Como bien indica Gil (2013):

Es así como el artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado Social de Derecho, etc. (p. 20).

Se precisa que la distinción entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual radica en la fuente de donde se deriva. Mientras que en la responsabilidad contractual la fuente de responsabilidad es el contrato, en la responsabilidad extracontractual la fuente de la responsabilidad es la misma ley. Bajo este entendido, el artículo 90 de la Constitución Política establece una cláusula general de responsabilidad del Estado que engloba tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual. Esta distinción posteriormente se materializa en los artículos 140 y 141 del CPACA que distinguen los medios de control de reparación directa y de controversias contractuales.

Ahora bien, vale la pena recalcar que, bajo la óptica de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea contractual o extracontractual, la prioridad no debe ser buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustificadamente sufrido. (Gil, 2013, p. 24).

Como bien indica Gil (2013), la mera culpa establecida como factor de imputación, en virtud de los principios aducidos por la propia Carta Política, en el marco del Estado Social de Derecho, es insuficiente para poder atribuir la responsabilidad al Estado y el deber de resarcir los perjuicios ocasionados, debe analizarse conjuntamente con otros fundamentos

de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo tales como la equidad, garantía, solidaridad, distribución de las cargas públicas, definidos como factores objetivos de imputación. (p.25).

Conforme a lo anterior, verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, esto es, que se pueda identificar como un daño antijurídico, como todo aquel producido a quien no tenía la carga de soportar, lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Ahí la imputación supone un análisis dual consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica como jurídicamente imputable. La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, más no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete en el caso en concreto, la obligación de resarcir el daño antijurídico. (Gil, 2013, p.55).

Para determinar el daño antijurídico, en atención a lo planteado por Gil (2013), la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue los daños materiales e inmateriales, distinguiendo estos últimos como la afectación de bienes que no tienen contenido económico, pero que están igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. (p.162).

No obstante lo anterior, Tamayo (2007) advierte que todos los daños son patrimoniales, pues aún los daños sin contenido económico afectan el patrimonio de la víctima. Constituye así más que todo en una simple denominación, a efectos de plantear una clasificación que permita distinguir con mayor claridad los distintos tipos de daños y su correspondiente indemnización, entendiendo que todos los bienes y derechos, ya sea que tengan contenido económico o no, conforman el patrimonio de una persona. (pp.472-473).

Respecto a los daños materiales, Gil (2013) clasifica estos en: a) el daño emergente o afectación del interés negativo, esto es cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima y b) el lucro cesante o afectación del interés positivo, que se traduce en un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó, ni ingresará al patrimonio de la víctima. (p.162). La anterior clasificación se establece, teniendo en cuenta el contenido establecido en el artículo 1614 del Código Civil colombiano, que prescribe:

Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, retardado su cumplimiento.

Conforme a lo anterior, Tamayo (2007) también distingue que hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Por el contrario, establece que hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó, ni ingresará en el patrimonio de la víctima. (p.474).

Como bien indica Tamayo (2007), los bienes económicos pueden consistir en dinero, cosas o servicios. En este sentido, cualquiera de esos bienes que salga del patrimonio de una persona constituye un daño emergente. De igual forma, el no ingreso de bienes o servicios en el patrimonio de la víctima genera para esta un lucro cesante. El autor aclara que el artículo 1614 del Código Civil colombiano al definir el “lucro cesante”, se refiere a la ganancia o provecho que dejó de reportarse. Con ello, establece que el legislador se refiere a dos conceptos distintos, especies de un mismo género. Por “ganancia”, entendemos la

utilidad lucrativa, consistente en dinero o cosas provenientes de una fuerza de trabajo o de un capital, en cambio, por “provecho”, término que alega el autor es más genérico, entendemos todo beneficio que cualquier situación de la vida le reporta a una persona. El disfrute de los bienes de la naturaleza, o de los producidos por el hombre, constituye un lucro que, al ser suprimido, deviene cesante. (p. 477). Más adelante, precisa con mayor amplitud el alcance del “lucro cesante” en los siguientes términos:

En conclusión, consideramos que el lucro cesante comprende no solo la supresión del ingreso de dinero o de cosas al patrimonio de la víctima, sino también la supresión de todo tipo de beneficios o provecho que deja de reportarse, siempre y cuando sea susceptible de evaluarse pecuniariamente, habrá lugar a la indemnización, aunque la víctima no reemplace con su propio peculio el beneficio o provecho del que se ha vito privada. (p.482). (Subrayado por fuera del texto).

Ahora bien, se debe precisar que la doctrina y la jurisprudencia, en aplicación a la normatividad vigente, no sólo se han preocupado por proteger el lucro cesante, derivado de unos ingresos o de un provecho cierto dejado de percibir, también se ha encargado de indagar en cómo proteger a la víctima en aquellos casos en los cuáles el daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de obtener un beneficio.

Se indaga entonces en cómo proteger una expectativa que le fue arrebatada a la víctima, como producto del daño que le fue producido. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 2000-01141-01 de 2008, ha indicado que:

Una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una

ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, (...) y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (...).”.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha suscitado la pérdida de la oportunidad como la frustración, supresión o privación definitiva de una oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro, asunto que se encuentra fuertemente ligado con la certidumbre de la afectación o quebranto a la víctima, la relación de causalidad y la injusticia del daño. La supresión definitiva de una oportunidad podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, infundada e íntima convicción de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil. Conforme a lo anterior, a diferencia del lucro cesante, en la pérdida de la oportunidad no se tiene la utilidad, pero tampoco se extingue y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida. (Corte Suprema de Justicia, 17042-3103-001-2005-00103-01, 2010).

En este orden de ideas, Tamayo (2007) establece que, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la pérdida de la oportunidad hay lugar a indemnización, ya que el daño se puede concebir que sí es cierto y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. (p. 357).

Siguiendo la postura planteada por Tamayo, Velásquez (2011) resalta que:

Sobre la certidumbre del daño, la doctrina, especialmente la francesa, aborda el problema que ocurre cuando se pierde una oportunidad (*la perte d'une chance*). Si una persona pierde por hecho o culpa de un tercero la oportunidad de participar en un concurso o competencia, que de resultar favorecido, le reportaría un beneficio; o el caso de un abogado que por descuido no interpone una demanda o un recurso y su cliente pierde la oportunidad de ganar el proceso. La mayoría de la doctrina sostiene que en tal hipótesis sí hay lugar a la indemnización y la única dificultad estriba en la determinación del monto indemnizable. (p. 237).

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la pérdida de la oportunidad alude a todos aquellos eventos en los cuáles una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer que genera la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad constituía en si misma un interés jurídico que, si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio, ya sea material o inmaterial, para actuar en procura de esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (Consejo de Estado, 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593), 2010).

Conforme a lo anterior, la pérdida de la oportunidad constituye en una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que, en caso de no haber mediado el hecho dañino, el

damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio, y la incertidumbre definitiva en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado. En este tipo de daño hay algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. La sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido, cuya afectación confiere el derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del chance en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto. (Consejo de Estado, 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593), 2010).

Dentro de los casos o ejemplos típicos de daños derivados dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, la doctrina y la jurisprudencia han aludido los casos en que se adjudica indebidamente un contrato estatal y se establece la obligatoriedad de indemnizar los perjuicios ocasionados a los proponentes burlados a quienes por derecho, conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, se les debió adjudicar el contrato estatal. Al respecto, se destaca la explicación dada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha esbozado que:

(...) existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases,

por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia. (Corte Suprema de Justicia, 11001-31-03-003-1998-07770-01, 2014).

A su vez, doctrinantes españoles como Medina (2007) han ejemplificado que:

También suelen plantearse hipótesis de pérdida de oportunidad cuando la consecución de una ventaja depende de que un sujeto lleve a cabo una actividad intelectual, consistente en la apreciación de hechos, la aplicación de reglas, el ejercicio de poderes discrecionales o la realización de juicios de valor u oportunidad. Piénsese en las ganancias que habría obtenido un recurrente, si el juez hubiera estimado sus pretensiones en un proceso que no llegó siquiera a incoarse por la falta de interposición del correspondiente recurso por olvido negligente del abogado; un licitador, si la Administración hubiera resuelto concederle el contrato administrativo en un proceso competitivo que finalizó con un acto de adjudicación favorable a otro y declarado años después nulo por el juez o tribunal correspondiente. (p.67)

En relación con la oportunidad que tenía el interesado de un procedimiento administrativo en obtener una resolución favorable y con ello determinadas ganancias, la doctrina italiana

nos habla de una figura específica denominada *chance di provvedimento* o *chance provvedimentoale*. Esta es la oportunidad que pierde el licitador que no resulta adjudicatario de un contrato administrativo como consecuencia de una irregularidad cometida durante la tramitación del procedimiento. (Medina, 2007, p.69).

En consecuencia, para este tipo de casos, se le concede al juez la potestad para ordenar la indemnización del daño que no tiene otro límite que el marcado por la suma que solicite el proponente burlado, como indemnización por los perjuicios sufridos como resultado de la irregularidad de la actividad administrativa. (Medina, 2007, p. 512).

En atención a lo anterior y observando que los casos de indebida adjudicación constituyen ejemplos típicos de pérdida de la oportunidad, con respecto a la indemnización y cuantificación del perjuicio derivado, Tamayo (2007) establece que, teniendo en cuenta que la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño, de no ser posible la reparación en forma específica, por imposibilidad física, el juez deberá fallar en equidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. (p.359).

En este sentido, vale la pena traer a colación la disposición de referencia, que establece:

Artículo 16. *Valoración de daños*. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Al respecto, Tamayo (2007) ha señalado que este artículo establece que, dentro del respeto por los límites legales, el perjudicado tiene derecho a que se le indemnice todo su daño, sin que el juez pueda aducir que niega la indemnización porque el daño no se pueda cuantificar. La norma precisamente busca proteger a aquellas víctimas que, pese a haber demostrado

su daño, no han podido cuantificarlo, de cara a que se aplique la equidad y los principios fundamentales del derecho como pilares fundantes de la reparación integral. (pp. 543-544).

La consideración anteriormente esbozada se alinea con los análisis planteados por M'Causland (2019), pues esta última estima que cuando no existan bases de exactitud científica para llevar a cabo el cálculo de la indemnización de los perjuicios ocasionados, se exige la aplicación de un juicio equitativo. (p. 566).

En atención a la doctrina y jurisprudencia que han tratado la materia, una de las propuestas que pretende resolver el problema de la evaluación del perjuicio derivado de la figura de la pérdida de la oportunidad, se basa teniendo en cuenta las probabilidades que tenía la persona que se ha visto privada de su oportunidad. Así, si el juez llega a la conclusión de que las posibilidades eran casi de 100%, entonces la indemnización será total. (Tamayo, 2007, p. 357).

Ahora bien, se debe precisar que la propuesta planteada obedece a casos específicos referentes a concursos y/o competencias en los cuáles se obtiene un premio específico. Por ejemplo, si el premio en un concurso era de 100 pesos y la víctima tenía un 80% de probabilidades de ganar el concurso, se calcula el monto de la indemnización correspondiente con base en las probabilidades de la víctima en ganar el premio del concurso, realizándose para estos efectos una regla de tres simple y concluyéndose una indemnización correspondiente a 80 pesos.

Sin embargo, debe analizarse si la propuesta a la que se hace alusión puede aplicarse bajo los escenarios de una licitación pública o un proceso de selección que se surte con el propósito de ejecutar un contrato estatal, por cuanto en la ejecución del contrato estatal se obtiene sólo un porcentaje correspondiente a las utilidades netas del contrato adjudicado, pues el contratista, al ser un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus fines y la

satisfacción del interés general, en la ejecución del contrato debe desplegar una serie de gastos y erogaciones relativas a la ejecución contractual para el cumplimiento de su objeto contractual.

Piénsese por ejemplo en el contrato de obra pública, en el cual el contratista deberá realizar una serie de erogaciones correspondientes a la contratación del personal de obra y los materiales de construcción que se descuentan del valor total del contrato adjudicado. Por lo que se puede concluir que la oportunidad perdida derivada de un premio específico en un concurso o rifa, valorable en dinero, no es similar a la oportunidad perdida derivada de la adjudicación de un contrato estatal, por lo que se debe aplicar un método de cálculo distinto para la indemnización de los perjuicios ocasionados por la indebida adjudicación.

Para indagar respecto a la cuantificación e indemnización de los perjuicios originados con ocasión de la pérdida de la oportunidad por la indebida adjudicación del contrato estatal, resulta interesante revisar los casos presentados en el derecho comparado. Frente a esto, Medina (2007) cita dos precedentes importantes en la jurisprudencia italiana.

Cita en un primer lugar, la sentencia del TAR de Lombardía (Sec. III), del 23 de diciembre de 1999, num 5049, que relata el caso de un proceso de selección frente al cual no se aplicó correctamente el método de evaluación de la oferta económica más ventajosa. Al respecto, el TAR analizó las posibilidades resarcitorias del recurrente, esforzándose en determinar en qué medida un concurso acomodado a Derecho hubiera finalizado con una resolución favorable. Al respecto, la sentencia maneja un instrumento establecido en el artículo 35 del decreto legislativo 80/98, expedido en el ordenamiento jurídico italiano, en virtud del cual se establece la potestad del Tribunal para fijar una negociación entre las partes del *quantum* resarcitorio. En consecuencia, se ordenó en ese caso a la entidad contratante que realizara una propuesta que tuviera en cuenta el importe base del procedimiento (es decir un cálculo de los gastos y erogaciones generadas para el proponente con ocasión de la participación

en la licitación), así como un porcentaje de las utilidades que se estimaban devengadas presumibles del 10%. Posteriormente, se cita la sentencia del TAR del 31 de enero de 2001, núm 237, en el que se revisa un concurso auspiciado por un hospital en la ciudad de Rávena para la adquisición de un *litotritorio* extracorporal y frente al cual al proponente más idóneo según los criterios establecidos no se le adjudicó el contrato estatal. El Tribunal en el caso planteado señala la dificultad de cuantificar el daño, procediendo a valorarlo equitativamente en 500.000 L y acudiendo al mecanismo subsidiario de la equidad. (Medina, 2007, pp.503-506).

Conforme a lo anterior, puede observarse que ambos casos aplican métodos distintos al cálculo de la indemnización de perjuicios con base en el monto total del premio y/o beneficio y los escenarios probabilísticos, pues en el primer caso se acudió a la negociación de las partes y al acuerdo libre de voluntades para fijar la indemnización y el segundo fallo se emitió en aplicación del principio de equidad.

A su vez, se citan los casos de indebida adjudicación tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los cuáles la máxima corporación ha señalado que, afirmada la existencia del daño y reconocido su carácter resarcible, se enfatizan las dificultades existentes para efectuar su cuantificación y la imposibilidad de hacerlo con precisión (al no contar con parámetros precisos en cuanto al valor exacto de la ventaja frustrada derivada de la adjudicación del contrato estatal, ni en cuanto al grado de probabilidad de que esta se hubiera obtenido), por lo que se acude al remedio subsidiario de la satisfacción equitativa. (Medina, 2007, p. 163). El análisis propuesto por el TEDH es coherente, teniendo en cuenta que el beneficio que obtienen los proponentes adjudicatarios no deriva directamente del valor total del contrato adjudicado *per se*, sino de, por un lado, las utilidades y ganancias obtenidas a partir de la ejecución del contrato y, por otro, como bien se ha planteado en capítulos anteriores, de la experiencia obtenida a partir de la

ejecución del contrato, experiencia que permite darles un mayor valor agregado dentro del mercado y es valorable en dinero al constituir su *know how*, que integra un activo inmaterial de su patrimonio, y que constituyen incentivos para acreditar como requisitos técnicos habilitantes y/o ponderables en futuros procesos de selección.

En atención a lo anterior, la doctrina en materia civil ha establecido que, de no ser posible estimar la reparación del daño en forma específica, el juez deberá fallar en equidad, pues este instrumento de cuantificación del monto indemnizable establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 contempla que no se puede desconocer que quien posee la oportunidad de obtener un beneficio, está en una mejor situación que aquel que carece de ella. (Tamayo, 2007, p.359).

Tal solución sería la aplicable para indemnizar la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, derivada de la pérdida de oportunidad por la indebida adjudicación. Como bien se ha sostenido a lo largo del presente trabajo de investigación, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la indemnización de los perjuicios ocasionados por la indebida adjudicación a partir del pago de las utilidades dejadas de percibir con ocasión de la ejecución del contrato estatal, identificadas estas como lucro cesante y no como una pérdida de la oportunidad, como bien lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia italiana, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la doctrina civil española e italiana.

Ahora bien, la experiencia que adquiere el proponente más idóneo, una vez se le adjudique el contrato estatal, constituye también un provecho económico para este que deriva más allá de las utilidades o ganancias directas percibidas con ocasión del valor adjudicado y la ejecución del contrato, pues esta, al devenir como un activo intangible, puede producir beneficios económicos a los contratistas del Estado, representados en la adquisición de conocimientos y experticia que, por un lado, permitirán optimizar sus procesos y actividades

para el cumplimiento de sus objetivos y la obtención de mayores ganancias y, por otro lado, integrarían e incrementarían su *know how*. A su vez, la experiencia adquirida por los proponentes adjudicatarios constituye un incentivo importante para acreditar como requisito técnico habilitante y/o ponderable en futuros procesos de selección, que lograría aumentar las probabilidades de ganar cualquier proceso competitivo, por lo que constituye también en un beneficio importante, máxime para las personas naturales y jurídicas nacionales y/o extranjeras que participan recurrentemente en estos procesos.

La indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia no adquirida por el proponente vulnerado se alinea al principio de reparación integral del daño, que esboza, como lo indica Tamayo (2007), que siempre que la víctima lo solicite en la demanda, el juez deberá otorgar la indemnización total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado. (p.542).

Conforme a lo anterior, siguiendo los planteamientos dados por M´Causland (2019), cuando la valoración exacta de la reparación del daño producido puede tornarse imposible, deviene imprescindible valorar los elementos de prueba que permitan establecer la existencia del perjuicio y, luego, en equidad, su extensión, a partir de la situación particular de la víctima. (pp. 576-577).

En consecuencia, para la indemnización de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado en virtud de la indebida adjudicación, ante la dificultad que representa calcular mediante bases estadísticas exactas y homogéneas el valor apreciable en dinero de la experiencia y el incentivo que representa para acreditar requisitos en futuros procesos de selección y futuras adjudicaciones, conviene aplicar el principio de equidad, que implica analizar las singularidades de cada caso en particular para el cálculo de la respectiva indemnización.

Como bien indica M'Causland (2019), de acuerdo con el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, se deben considerar las particularidades de la situación sobre la cual debe decidir el juez y fundar en su análisis la decisión respectiva. (p. 698).

Por consiguiente, en aplicación del principio de equidad, el proponente burlado al acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá requerir al juez para que solicite la indemnización del perjuicio derivado de la experiencia que no pudo ejecutar con ocasión de la indebida adjudicación, englobado dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, al habersele privado del beneficio de obtener mayores conocimientos y experticia que le generan un mayor valor agregado en el mercado, que incrementaría su *know how* como activo intangible dentro de su patrimonio y del beneficio de obtener incentivos para participar en futuros procesos de selección y de adjudicarle nuevos contratos estatales, lo anterior teniendo en cuenta la certeza del daño producido al no adquirir la experiencia y la imposibilidad de cuantificar con exactitud el valor exacto de estos perjuicios.

## CONCLUSIONES

Como bien se ha sostenido en el trabajo de investigación, se debe tener presente que, si bien el proponente burlado en los casos de indebida adjudicación tiene certeza de que la adjudicación del contrato le correspondía conforme a las reglas dadas en el pliego de condiciones, no hay certeza respecto a la cuantificación de los beneficios económicos que le acarrea la experiencia obtenida a partir de la ejecución del contrato estatal, ni tampoco hay certeza respecto a la obtención de adjudicaciones de nuevos contratos estatales por su acreditación en procesos de selección futuros, así como los beneficios económicos que acarrea la ejecución de dichos contratos, por lo que se sigue estando bajo el escenario de una pérdida de la oportunidad real y definitiva en la cual no se cuenta con parámetros precisos en cuanto al valor exacto de la ventaja frustrada, ni el grado de probabilidades de que esta se hubiere obtenido.

En atención a lo anterior, para la indemnización de los perjuicios ocasionados por la experiencia que no obtuvo el proponente burlado en razón a la indebida adjudicación, ante los vacíos normativos y la dificultad que representa calcular mediante bases estadísticas exactas y homogéneas el valor apreciable en dinero de esa experiencia, los beneficios económicos que acarrea como activo de carácter intangible en el patrimonio del proponente burlado y el incentivo que representa para acreditar requisitos habilitantes y ponderables en futuros procesos de selección, con el fin de obtener nuevas adjudicaciones estatales, conviene aplicar el principio de equidad, que implica analizar las singularidades de cada caso en particular para el cálculo de la respectiva indemnización pecuniaria.

Conforme al análisis propuesto por M´Causland (2019), la aplicación de la equidad en los casos de vacío normativo resulta cercana a la que se realiza cuando ella es el criterio único que sustenta la resolución del juzgador, puesto que al no haber ley que interpretar o ajustar, la equidad será la fuente de decisión judicial. Un ejemplo de aplicación del principio de

equidad es la disposición contenida el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Conforme a lo dispuesto en este artículo, la definición sobre la existencia del daño y su imputación al demandado deberá hacerse con base en las normas que regulan la responsabilidad patrimonial y la carga de la prueba, mientras que a la equidad integradora o *praeter legem* se recurrirá para determinar la forma de la reparación y su respectivo valor. (pp.151-152).

Así, tal y como lo plantea la autora:

De esta manera, conforme al artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, la equidad al constituir un criterio auxiliar para el juez implica que, si bien la decisión judicial se funda en la ley, la equidad es tomada en consideración para determinar la aplicación de aquella en el caso en concreto. (p.135).

En este orden de ideas, la equidad *praeter legem* corresponde a aquella que se aplica cuando: (i) no hay norma expresa que regule el caso y (ii) no se puede extraer esta de principios positivos o por analogía. La equidad cumple una función integradora del derecho positivo, en cuanto obra para llenar lagunas normativas existentes dentro del ordenamiento jurídico. (M'Causland, 2019, p. 129).

En consecuencia, puede observarse que, al existir dentro del ordenamiento jurídico colombiano norma expresa que regule el cálculo de la indemnización aplicable de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia que no pudo adquirir el proponente burlado por la indebida adjudicación, el mismo ordenamiento jurídico dispone al operador judicial la posibilidad de acudir a la figura de la equidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, disponiéndose la equidad como una fuente del derecho auxiliar.

Como bien indica M'Causland (2019), la carga de demostrar el daño incumbe al demandante, salvo en los pocos casos en que la ley presume este elemento estructural de

la responsabilidad. Sin embargo, en algunos eventos, probada su existencia, resulta imposible acreditar su cuantía. En ellos, de acuerdo con el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, tales normas no rigen, por lo que se presenta un vacío normativo que debe ser colmado mediante el recurso a la equidad *praeter legem*. (p.691).

Esta situación se presenta exactamente al momento de valorarse la indemnización de los perjuicios derivados de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, ya que, si bien se logra probar el daño producido, valorable en dinero y derivado de una pérdida de la oportunidad, resulta imposible cuantificar de forma exacta su valor, así como definir parámetros y fórmulas tarifarias aplicables.

En muchos sistemas jurídicos se acepta la determinación equitativa del valor de la reparación de los daños en los casos en que la demostración de dicho valor es muy difícil o imposible y no existe una indemnización tarifaria prevista en la ley. En Colombia, el legislador ha dispuesto la obligatoriedad de aplicar dicho criterio auxiliar a través del artículo 16 de la ley 446 de 1998, por lo que se recurre a la equidad judicial para atender la indemnización de los daños inmateriales, puesto que, por la naturaleza de los derechos afectados, se torna imposible obtener un valor exacto de la reparación de los mismos. De igual modo, se considera procedente acudir al criterio auxiliar de la equidad, de manera excepcional, para determinar el valor de perjuicios materiales o patrimoniales en los cuáles su existencia está claramente establecida, pero su cuantía no ha logrado determinarse de forma exacta en el proceso. (M´Causland, 2019, p.385).

Por ende, el recurso a la equidad autorizado por el artículo 16 de la ley 446 de 1998, para efectos de valorar los daños irrogados a las personas o a las cosas, solo procede en los eventos excepcionales en que el cumplimiento de dicha carga resulte imposible de cumplir para el perjudicado. (M´Causland, 2019, p. 692).

Así, cuando el juez aplica la equidad integradora del ordenamiento, llena una laguna normativa que genera injusticia en el caso concreto, por lo cual adopta una solución que se debe surtir a la medida de las circunstancias particulares de este. El juez construye una regla particular para el caso sobre el cual está obligado a decidir, que no constituye una normal general, ni precedente judicial. (M´Causland, 2019, p. 324).

En aplicación del principio de equidad, el proponente burlado al acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá requerir al juez para que solicite la indemnización del perjuicio derivado de la experiencia que no pudo ejecutar con ocasión de la indebida adjudicación del contrato estatal, englobado dicho perjuicio dentro de la figura de la pérdida de la oportunidad, al habersele privado del beneficio de obtener mayores conocimientos y experticia que le generan un mayor valor agregado en el mercado, que incrementaría su *know how* como activo intangible dentro de su patrimonio, y del beneficio de obtener incentivos para participar en futuros procesos de selección para adjudicarle nuevos contratos estatales.

En este orden de ideas, el porcentaje de oportunidades perdidas, derivadas de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, exige, como bien explica M´Causland (2019), un juicio equitativo que no puede hacerse sobre bases científicas, ni parámetros tarifarios específicos, pues su determinación exacta se torna imposible. Por consiguiente, en aplicación del principio de equidad, se efectúan argumentaciones razonables fundadas en las circunstancias singulares de los casos concretos, ya que la aplicación de la equidad exige la consideración de las particularidades de estos y le permite al juez formular reglas particulares para la solución del caso concreto. (pp. 698-699).

La aplicación excepcional de la equidad supone siempre llevar a cabo un ejercicio argumentativo suficiente y adecuado para evidenciar la necesidad de recurrir a ella, dadas las singularidades del caso concreto, para justificar posteriormente la escogencia o la

creación de la regla especial que permita garantizar la igualdad material y salvaguardar los derechos fundamentales de las partes. (M´Causland, 2019, p. 707).

Para el cálculo de la indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado, el juez deberá fallar en equidad, analizando las particularidades de cada caso en concreto y atendiendo en todo momento los criterios de razonabilidad y racionalidad, con el fin de garantizar la igualdad material entre las partes. Como bien aduce M´Causland (2019), la equidad impone al juez la tarea de descubrir la regla específica adecuada para resolver cada caso singular, la cual no estará determinada por una norma fundamental e imperativa, sino por una idea general de justicia, que debe concretarse, de manera necesaria, a partir de la valoración de las particularidades de la situación analizada. Así, su método consiste en la individualización, por lo que se comprende que la equidad puede informar la aplicación de todas las fuentes jurídicas, incluidos los principios generales del derecho. (p.320).

Es importante advertir que el juicio equitativo que debe llevar a cabo el juez no es subjetivo, ni caprichoso, pues debe cumplir con requisitos de razonabilidad y racionalidad. Conforme a lo anterior, el juez debe presentar una argumentación inicial de estricto derecho, para exponer, luego, los argumentos de equidad que deben fundarse en el análisis de las singularidades del caso concreto, esto es, de las circunstancias de hecho que resulten especiales, extraordinarias y dignas de valoración, por su injerencia necesaria en la justicia de la solución. De su análisis detallado debe resultar, con claridad, la necesidad de la intervención de la equidad y la idoneidad de la solución escogida por el juez. (M´Causland, 2019, pp. 327-328).

Respecto a la aplicación de los criterios de razonabilidad y racionalidad para llevar a cabo el juicio en equidad, como bien indica la Corte Constitucional en sentencia C-530 (1993),

se hace alusión a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto.

Lo anterior, conlleva a concluir que, en virtud de la valoración pecuniaria de la experiencia como un activo inmaterial del proponente burlado y el incentivo que representa para la acreditación de factores habilitantes y ponderables para la adjudicación de nuevos contratos estatales, es viable proceder a la indemnización pecuniaria de los perjuicios ocasionados, pues logra cumplir con los preceptos dados en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, contemplados en el artículo 90 de la Constitución. Eso sí, conforme a la aplicación del principio de equidad, deberá el juez en cada caso en concreto analizar las particularidades dadas para establecer la regla específica a aplicar, en atención a los criterios de razonabilidad y racionalidad.

Como bien lo ha analizado la doctrina que ha tratado la materia, no se puede describir una técnica detallada para realizar el juicio en equidad. Si bien la motivación de las decisiones del juez debe seguir pautas generales impuestas por la noción misma del Estado Social de Derecho, las circunstancias singulares del caso concreto y los efectos de las soluciones consideradas son los factores que determinan sus elementos, así como la forma y la profundidad con que deben ser valorados por el juez, para que dicha motivación sea suficiente y adecuada, aplicándose esta metodología al cálculo de la indemnización de los perjuicios derivados de la experiencia que no pudo adquirir.

En consecuencia, la validez de la decisión judicial en la que se recurre a la equidad como criterio auxiliar estará determinada por su carácter racional y razonable, lo que permite comprender que no existen únicas respuestas correctas, sino decisiones válidamente sustentadas para cada caso en particular. (M´Causland, 2019, p. 328).

Ahora bien, en atención a la aplicación del fallo en equidad, que implica la aplicación de los principios de razonabilidad y racionalidad, no se ajustaría a los mismos la acreditación de la experiencia no ejecutada por parte de la entidad estatal y su posterior inscripción en el RUP, pues ello implicaría la acreditación de hechos que no son ciertos y el reconocimiento de una idoneidad que no fue adquirida, lo cual extralimita el alcance contemplado en el marco del principio de reparación integral del daño. Por consiguiente, en virtud de los principios de razonabilidad y racionalidad que engloban el fallo en equidad y el principio de reparación integral del daño, el juez, a través de un análisis juicioso de las singularidades de cada caso en concreto, podrá calcular el monto pecuniario correspondiente para la indemnización de los perjuicios ocasionados al proponente burlado por la experiencia que no pudo ejecutar, lo que implica un reconocimiento económico derivado de los conocimientos y experticia que no pudo adquirir para hacer parte de su *know how* y los eventuales contratos estatales que no pudieron adjudicársele a partir de la acreditación de este activo intangible.

Esbozándose las principales conclusiones derivadas del ejercicio investigativo efectuado, es importante tener presente que, como bien lo anuncia M'Cauley (2019), las reglas formuladas por el juez, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con fundamento en la equidad, para la solución de cada caso concreto en el marco del reconocimiento económico de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado por la indebida adjudicación, no constituirían precedentes obligatorios, pues si bien el recurso a la equidad se materializa en una providencia judicial, aquella, conforme a lo estipulado en el artículo 230 de la Constitución, constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial distinto de la jurisprudencia y, por ello, no le son extensibles los efectos obligatorios que, en ocasiones, se reconocen a esta. (M'Cauley, 2019, p. 324).

Por consiguiente, la aplicación del fallo en equidad para el reconocimiento pecuniario de la experiencia que no pudo ejecutar el proponente burlado permite garantizar la realización de la igualdad material entre las partes, pues se reconoce un conjunto de circunstancias más amplio que el previsto en la norma y una nueva esfera de daños y perjuicios que van más allá del lucro cesante derivado de las utilidades dejadas de percibir por parte del particular afectado.

## BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (2024, junio 21). *Concepto C – 239 de 2022*. <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/10/C-417-de-2023.pdf>

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (2024, junio 21). *Concepto C – 417 de 2023*. <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/10/C-417-de-2023.pdf>

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. (2024, junio 26). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. [https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce-eicp-ma-04\\_manual\\_requisitos\\_habilitantes\\_v3\\_29-09-2023.pdf](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-ma-04_manual_requisitos_habilitantes_v3_29-09-2023.pdf)

Alfaro, M.V. (2013). El know how y su aplicación práctica en el contrato de franquicia. *Revista Judicial, Costa Rica*. 109. 233-273. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31084.pdf>

Arenas, H.A. (2020). ¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad. *Vniversitas*, 29. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.eeree>

Armenta, A.M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Revista VIA IURIS*, (6), 90-114. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273920944007>

Báez, F. & Gómez, P.J. (2020). *Activos Intangibles, Evolución y Efectos Tributarios*. [Trabajo de grado como requisito para optar al título de Especialistas en Gerencia de la Información Financiera, Universidad Santo Tomás]. Repositorio institucional Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/21314/2020fabiolab%20.pdf>

[C3%A1ez.pdf?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=Seg%C3%BAn%20las%20normas%20de%20contabilidad,relaciones%20comerciales%20con%20clientes%20o](#)

Consejo de Estado. (2024, julio 28). *Conoce al Consejo de Estado y a la jurisdicción contencioso-administrativo*. [https://www.consejodeestado.gov.co/webconsejoprueba/wp-content/uploads/2017/10/CONOCE\\_CONSEJO\\_DE\\_ESTADO.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/webconsejoprueba/wp-content/uploads/2017/10/CONOCE_CONSEJO_DE_ESTADO.pdf)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto con radicado No. 11001-03-06-000-2017-00098-00 (2346) de 2017. (M.P. Álvaro Namen Vargas, agosto 15 de 2017).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto con radicado No. 25000-23-36-000-2017-01974-01 (61132) de 2018. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, junio 19 de 2018).

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia con radicado No. 25000-23-42-000-2017-00602-01(0253-19) de 2021. (M.P. César Palomino Cortés, junio 3 de 2021).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia con radicado No. 2161203 (1422) de 1977. (M.P. Carlos Porto Carrero Mutis, mayo 5 de 1977).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia con radicado No. 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593) de 2010. (M.P. Mauricio Fajardo Gómez, agosto 11 de 2010).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia con radicado No. 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220) de 2011. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, abril 13 de 2011).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) de 2012. (M.P. Ruth Stella Correa Palacio, mayo 28 de 2012).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688) de 2012. (M.P. Ruth Stella Correa Palacio, febrero 8 de 2012).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia con radicado No. 2095328 25000-23-31-000-2005-01178-01 (40660) de 2015. (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gambia, julio 29 de 2015).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado No. 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333) de 2016. (M.P. Ramiro Pazos Guerrero, diciembre 5 de 2016).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia con radicado No. 05001-23-31-000-1996-00657-01 (31628) de 2020. (M.P. Guillermo Sánchez Luque, febrero 28 de 2020).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia con radicado No. 220822 66001-23-31-000-1992-01919-01 (14576) de 2006. (M.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez, marzo 1 de 2006).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia con radicado No. 251570 76001-23-31-000-1994-00965-01 (13792) de 2002. (M.P. Maria Elena Giraldo Gómez, noviembre 27 de 2002).

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con radicado No. 41001-23-31-000-2000-03650-01(16274) de 2009. (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, enero 26 de 2009).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia con radicado No. 760012331000-200102942-01 (39066) de 2018. (M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, diciembre 10 de 2018).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia con radicado No. 227474 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696) de 2007. (M.P. Enrique Gil Botero, mayo 3 de 2007).

Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, agosto 1 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 072 de 2018. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, julio 5 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-381 de 1993. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, septiembre 14 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-530 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, noviembre 11 de 1993).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado No. 11001 3103 038 2000 01141 01 de 2008. (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, junio 24 de 2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado No. 17042-3103-001-2005-00103-01 de 2010. (M.P. William Namén Vargas, septiembre 9 de 2010).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia con radicado No. 11001-31-03-003-1998-07770-01 de 2014. (M.P. Margarita Cabello Blanco, agosto 4 de 2014).

Courtis, C & Atienza, M. (2006). Los métodos para los juristas. En Trotta (Eds.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. (pp. 17-40). Trotta.

Courtis, C & Atienza, M. (2006). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta.

Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 2 de 1984.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

Decreto 2649 de 1993. Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Diciembre 29 de 1993.

Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura. Noviembre 3 de 2011.

Decreto 2420 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones. Diciembre 14 de 2015.

Escobar, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Editorial Legis.

Expósito, J.C. (2022). La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (27), 73-133.  
<https://doi.org/10.18601/21452946.n27.04>

Galeano Marín, M.E. (2007). *Estrategias de investigación social cualitativa: El giro en la mirada*. La Carreta Editores.

Gil, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Temis.

Henao, J.C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. En J.C. Henao, A.F. Ospina, R. Bejarano y otros. (Eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (pp. 31-119). Universidad Externado de Colombia.

Laínez, J.C. (2012). *El valor de los activos intangibles empresariales: un estudio empírico en una organización colombiana*. [Trabajo de grado como requisito para optar al título de Magíster en Ingeniería Administrativa]. Repositorio institucional Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/12071/8061673.2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Mayo 31 de 1873. D.O. 2.867 de 1873.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. 41.094.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 7 de 1998. D.O. 43.335.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. D.O. 46.691.

Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y se aseguran los estándares de información aceptados en Colombia, se

señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. D.O. 47.409.

M'Causland, M.C. (2019). *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Medina, L. (2007). *La teoría de la pérdida de la oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Editorial Aranzadi S.A.

Norma Internacional de Contabilidad No. 38. NIC No. 38. Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad. Abril de 2001.

Rave, G. (2013). *Actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Santaella, M. (2018). El daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (19), 291-315. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5149/6217>

Santofimio, J.O. (2004). *Tratado de derecho administrativo*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Legis Editores S.A.

Universidad EAFIT. (2024, junio 28). *NIC 38-Activos Intangibles*. <https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/C%20NIC%2038.pdf>

Velásquez, O. (2011). *Responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Temis S.A.

Vidal, J. (1994). *Derecho Administrativo*. Editorial Temis S.A.