**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD – Continuidad – Integralidad**

Ha admitido la Corte Constitucional que el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional y que el Estado y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud deben facilitar su acceso conforme a principios de continuidad e integralidad (…) por tratarse de un derecho de carácter fundamental es necesario que su prestación sea de carácter permanente y continuó, sin que exista discontinuidad, tanto así que se ha admitido por parte de esta Sala, que de manera excepcional la prestación del servicio de salud se dé sin el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el régimen de contratación estatal, aunque, es categórica en exigir para su configuración, que el servicio prestado sin el amparo contractual se encuentre dirigido a “evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud (…) el Tribunal Constitucional ha establecido que es necesaria la prestación del servicio de salud, para de esta manera evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad de la persona.

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD – Trascendencia del principio de planeación – Procesos de contratación estatal – Régimen jurídico aplicable**

Debe preverse la trascendencia del principio de planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, el cual guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. (…) Aunque el legislador no ha tipificado la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable

**ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA – Principios rectores de contratación estatal – Contrato de prestación de servicios de salud**

Es evidente que la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial el de la transparencia y el de la economía, dependen en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación e, igualmente, con el deber de selección objetiva de los contratistas mediante la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción del servicio público, especialmente, cuando se trata de la prestación del servicio de salud, el cual, como se dijo, no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia, ya que esto afectaría el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos. las entidades estatales prestadoras de servicios de salud al momento de realizar procesos de selección, deben garantizar que durante el proceso no se va a afectar la salud de los ciudadanos, quienes no se pueden ver afectados a causa de los periodos de transición que se presentan al momento de suscribir un contrato con un nuevo contratista, siendo necesario enfatizar en que esta obligación también se encuentra en cabeza de quienes acuden como proponentes, ya que están en la obligación de desplegar todas las acciones positivas necesarias para que llegue a feliz término la selección que se esté adelantando, por cuanto el derecho a la salud no puede, ni debe ser suspendido o interrumpido.

**FORMACIÓN DEL CONTRATO – Responsabilidad**

La responsabilidad en la fase de formación del contrato es uno de los ámbitos de mayor debate jurídico , ya que se plantea si su naturaleza es precontractual extracontractual, “o si estamos ante un tertium genus” , y con qué principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el neminem laedere, el abuso de derecho, la equidad, etc., y de la que pueda hacerse derivar la exigencia de indemnizar bien sea el “interés negativo o de confianza” o el “interés positivo o de cumplimiento”

**FORMACIÓN DEL CONTRATO – Principio de buena fe**

Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato la afirmación del principio de buena fe, al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente. (…) Del principio de buena fe en la fase de formación del contractual cabe afirmar una serie de deberes, cuya vulneración o incumplimiento por una de las partes precontractuales puede derivar en una la responsabilidad precontractual, es decir en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

**DEBERES DEL ADJUDICATARIO – Contratación estatal – Suscripción del contrato**

En la contratación del Estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato, puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del Estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona. (…) “cuando el contrato está ya a punto de ser celebrado, es más fuerte la confianza de la contraparte y pueden ser más onerosos los compromisos colaterales eventualmente asumidos por ésta última” . En estos eventos se producen daños que generan perjuicios que procede su compensación, que pueden comprenderse bajo dos categorías que debe distinguirse: (1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato , como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato” , que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

**OFERTA – Contrato estatal**

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

**CONTRATO ESTATAL – Suscripción – Obligación – Consecuencias del incumplimiento**

Así mismo, el numeral 11 del mismo artículo 30 prescribe que el acto de adjudicación del contrato se produce por medio de resolución debidamente motivada y tiene el carácter irrevocable. Dicho acto administrativo vincula tanto a la entidad pública que lo expidió, como para al adjudicatario, de manera que será exigible lo contenido en el numeral 12 del artículo 30 según el cual si el adjudicatario “no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado”, dará lugar a que la entidad pública tenga el derecho a solicitar, como sanción, el valor de la garantía de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de hacer efectivo en el ejercicio de las acciones legales procedentes, el valor de los perjuicios que superen el monto cubierto por la mencionada garantía. (…) el último inciso del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, faculta para adjudicar el contrato al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar, si este evento ocurrió, o generar un nuevo proceso licitatorio para determinar el sujeto (s) cuya propuesta resulte viable para concretar el objeto contractual. (…) La no suscripción o firma del contrato implica (con base en el numeral 12 del artículo 30 y el 31 de la Ley 80 de 1993) el deber de indemnizar los perjuicios que haya podido padecer la entidad estatal, cuya cobertura se hace efectiva, en principio, por medio de la garantía de seriedad tomada por el contratista con la propuesta presentada, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, y en caso de superarse la misma podrá exigirse por acción judicial el mayor valor causado.

**FALSA MOTIVACIÓN – Actos administrativos expedidos**

Es evidente para la Sala que no existió falsa motivación en la expedición de los actos administrativos demandados ya que no se logró demostrar la existencia de un error de hecho o de derecho en las resoluciones demandadas, por el contrario, lo que se evidenció fue que la adjudicataria incumplió los deberes a su cargo, al pretender cambiar las condiciones de la propuesta presentada al Hospital de Suba, arguyendo que la firma

**ACTO ADMINISTRATIVO – Nulidad – Presunción de legalidad - Causales de nulidad**

Se demoraría mucho en suministrarle los servicios tecnológicos que se requerían para la ejecución del contrato, comportamiento que a todas luces, resulta desleal y contrario a la buena fe contractual, ya que la demandante lo que pretendía con sus recurrentes escritos de intención de querer suscribir el contrato era desviar la atención de la entidad contratante y así obviar el hecho de que no contaba con el aval de la empresa cuyos equipos había ofertado, tanto así, que solicitó un aplazamiento de término establecido para la suscripción del contrato, buscando de esta manera crear confusión para que se accediera a sus pretensiones (…).En conclusión, el Laboratorio Clínico y Farmacéutico, (….) no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, pues la falsa motivación y la vulneración de normas constitucionales y comerciales aducida tanto en la demanda como en el escrito de apelación no logró probarse, razón por la cual habrá que confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas. (…) Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) Cuando se expidan de forma irregular; V) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., tres (03) de agosto del dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00822-02(56453)**

**Actor: LABORATORIO CLÍNICO Y FARMACÉUTICO CLAUDIA VEJARANO RESTREPO**

**Demandado: HOSPITAL DE SUBA II NIVEL E.S.E.**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)**

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos / Restrictor: Continuidad e integralidad de la prestación servicio de salud - Responsabilidad en la formación del contrato (Interés negativo e interés positivo) - El contexto normativo de la responsabilidad pre contractual - El contexto constitucional de la responsabilidad pre contractual - El contexto legal - El contexto legal civil y comercial - Contexto legal especifico en materia de contratación estatal - Alcance de la oferta - La obligación de suscripción o firma del contrato y las consecuencias de su incumplimiento – Ejecución de la Garantía de seriedad de la oferta - Causales de nulidad de los actos administrativos - Presunción de legalidad de los actos administrativos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

El 10 de agosto de 2011[[1]](#footnote-1), la señora Claudia Lorena Vejarano Restrepo en su calidad de propietaria del Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano, presentó demanda contra el Hospital de Suba II Nivel E.S.E., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con el objetivo que se declare la nulidad de la Resolución No. 000165 del 26 de julio de 2010 “Por medio de la cual se declara el siniestro de incumplimiento de la oferta” y de la Resolución No. 000098 del 9 de mayo de 2011 “Por medio de la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000165 del 26 de junio de 2010”.

Como consecuencia de tal declaración, pide que se condene a la accionada a lo siguiente:

*“PRIMERA: Se declare la nulidad de la Resolución No. 000165 del 26 de julio de 2010 expedida por el HOSPITAL DE SUBA, en virtud de la cual se resolvió lo siguiente: (…)*

*SEGUNDA: Adicionalmente a la declaratoria antes mencionada, solicito muy respetuosamente al H. Tribunal declarar, como consecuencia de la anterior pretensión, la nulidad de la Resolución No.000098 del 9 de mayo de 2011 expedida por el HOSPITAL DE SUBA (…)*

*TERCERA: De conformidad con las declaraciones anteriores, solicito muy respetuosamente al H. Tribunal que DECLARE que el HOSPITAL DE SUBA II NIVEL E.S.E. le causó un DAÑO O PERJUICIO a la doctora CLAUDIA LORENA VEJARANO RESTREPO en virtud de la expedición de las Resoluciones No. 000165 del 26 de julio de 2010 y 000098 del 9 de mayo de 2011.*

*CUARTA: Que como consecuencia del DAÑO O PERJUICIO padecido por la doctora CLAUDIA LORENA VEJARANO RESTREPO, se le solicita muy respetuosamente al H. Tribunal que CONDENE al HOSPITAL DE SUBA II NIVEL E.S.E. a pagarle a la doctora CLAUDIA LORENA VEJARANO RESTREPO, a título de INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, ante la imposibilidad del restablecimiento del derecho in natura de la actora, la suma de dinero equivalente a los CUATROCIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON 33/100 MCTE($408.814.892.33), por concepto de PERJUICIOS PATRIMONIALES (daño emergente y lucro cesante), según el dictamen pericial que se adjunta a la presente demanda, los cuales discrimino a continuación:*

*4.1. Por DAÑO EMERGENTE, el valor del daño emergente esta determinado por el valor de cada una de las erogaciones entregadas y que se causaron para darle cumplimiento a la invitación 013 por parte del HOSPITAL DE SUBA II NIVEL, E.S.E., el cual asciende a la suma de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS CON 00/100 ($129.262.380.00).*

*4.2. Por LUCRO CESANTE, está determinado por el costo de oportunidad generado por las erogaciones efectuadas con el propósito de darle cumplimiento al objeto contractual, que se estima según el informe pericial adjunto, en la suma de $10.937.020.90 y por los ingresos dejados de percibir derivados del aludido contrato, que se estima según el precitado informe pericial, en la suma de $268.615.491.43, para un total por LUCRO CESANTE de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DOCE PESOS CON 33/100 MCTE. ($279.552.512.33).*

*(…)”*

**1. Hechos de la demanda**

Mediante invitación pública No. 013 del 2010, el Hospital de Suba abrió un proceso para “Seleccionar contratista para la prestación del servicio especializado de laboratorio clínico de manera concordante con el Decreto 1011 de 2006 (S.O.G.C.S.) que requiera la ESE Hospital de Suba II Nivel”, al cual se presentaron el Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano I.P.S. y DIATEST LTDA.

Mediante Resolución No. 000148 del 30 de junio de 2010, el Gerente del Hospital de Suba adjudicó la invitación pública No. 013 de 2010 al Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano I.P.S., descartando al otro proponente por no cumplir con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

Contra el anterior acto administrativo, el representante legal de DIATEST interpuso recurso de reposición argumentando que la entidad que había resultado seleccionada no cumplía con la disponibilidad de equipos en apoyo tecnológico para la prestación del servicio público requerido. Es así como, mediante Resolución No. 000151 del 9 de julio de 2010 se decidió no revocar la Resolución No. 000148 del 30 de junio del mismo año, y se ordenó la suscripción del contrato dentro de los siguientes tres días a la fecha de notificación de la decisión.

Así las cosas, la referida resolución fue notificada el 13 de julio de 2010, por lo que el plazo para la suscripción del contrato vencía el 16 de julio de 2010; como consecuencia de lo anterior, el 15 de julio de 2010 la señora Claudia Lorena Vejarano Restrepo solicitó un plazo de 5 días hábiles para la firma del contrato, aduciendo la necesidad de reprogramar el proceso de empalme, solicitud que fue aceptada hasta el 23 de julio de 2010.

El 23 de julio de 2010, la señora Claudia Lorena Vejarano Restrepo estuvo presente en las instalaciones del Hospital de Suba para suscribir el contrato, pero no fue posible porque la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, no se encontraba presente. En consecuencia, la señora Vejarano Restrepo le otorgó poder a la doctora Carolina Linares Fuentes para que en su nombre y representación suscribiera el mencionado contrato, situación que no se dio por la negativa del Gerente del Hospital.

Como consecuencia de la no suscripción del contrato, el Hospital de Suba expidió la Resolución No. 000165 del 26 de julio de 2010 “Por la cual se declara el siniestro de incumplimiento de oferta”, argumentando que Claudia Lorena Vejarano Restrepo había cambiado las condiciones establecidas y aceptadas por la entidad en la propuesta; contra la anterior decisión la señora Vejarano Restrepo y Seguros del Estado S.A. interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto adversamente a los recurrentes en la Resolución No. 000098 del 9 de mayo de 2011 “Por medio de la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000165 del 26 de julio de 2010”, acto administrativo que fue notificado el 25 de mayo de 2011.

Este mismo día, es decir, el 25 de mayo de 2011 se presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá solicitud de conciliación extrajudicial, audiencia que fue realizada el 26 de mayo del mismo año y en donde la entidad convocada manifestó que el Comité de Conciliación del Hospital de Suba llegó a la conclusión que la Cámara de Comercio no era la competente para llevar a cabo la conciliación. Como consecuencia de lo anterior, la conciliadora propuso suspender la audiencia con el fin de estudiar y consultar el tema de la competencia, fijándose como nueva fecha el 7 de julio de 2011.

Llegado el día y la hora de la audiencia, la conciliadora manifestó que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá era competente para llevar a cabo la conciliación entre las partes, no obstante, esta se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

**2. El trámite procesal**

Previo a decidir sobre la admisión de la demanda, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 19 de abril de 2012 ofició al Hospital de Suba II Nivel E.S.E. para que allegara copia auténtica con constancia de notificación de las resoluciones Nos. 000165 del 26 de julio de 2010 y No. 000098 del 9 de mayo de 2011[[2]](#footnote-2).

Mediante auto del 6 de diciembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión avocó conocimiento del proceso y rechazó de plano la demanda por haberse configurado el fenómeno de la caducidad[[3]](#footnote-3). Decisión contra la cual, el apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación[[4]](#footnote-4), el cual fue concedido mediante auto del 1 de abril de 2013[[5]](#footnote-5) y resuelto por esta Corporación mediante proveído del 4 de junio de 2013, en donde se revocó el auto del 6 de diciembre de 2012 proferido por la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y admitió la demanda interpuesta por la parte demandante en contra del Hospital de Suba[[6]](#footnote-6).

El 16 de diciembre de 2013, la apoderada del Hospital de Suba presentó escrito en donde solicitó se decretara la nulidad por indebida notificación, de conformidad a lo establecido en el artículo 315 del C.P.C.

Mediante escrito del 18 de diciembre de 2013[[7]](#footnote-7), el Hospital de Suba II Nivel E.S.E contestó la demanda en donde, frente a las pretensiones manifestó que se oponía a todas y cada una de ellas; con relación a los hechos, afirmó que unos son ciertos, otros lo son parcialmente y los demás no le constan y se atiene a lo probado en el proceso. Como excepciones, propuso la indebida acumulación de pretensiones y caducidad de la acción.

Como argumentos de defensa, expuso que el Hospital no declaró el siniestro de incumplimiento de la oferta con fundamento en que el oferente cambió las condiciones ofertadas al no aportar equipos de determinadas marcas, porque de acuerdo con los términos de referencia, los oferentes estaban en plena libertad de ofertar con el apoyo y el aval de cualquier proveedor de equipos e insumos autorizado en el país y desde ningún punto de vista se exigió por parte del Hospital que las ofertas contaran con el aval de uno u otro laboratorio.

Igualmente, manifestó el demandando que el siniestro fue declarado porque la adjudicataria presentó en su oferta una relación y soportes de unos equipos, pretendiendo después prestar el servicio con máquinas cuyas características técnicas eran desconocidas para la entidad pública.

Adicionalmente, afirmó que el hecho de que “*el Hospital se ratificó en su momento, en el hecho de que no bastaba con la manifestación de quien le fuere adjudicada una invitación pública, de tener la intención de suscribir un contrato, sino que se debía procurar y concretar la suscripción del mismo, y garantizar que al momento de la firma se contaba con la infraestructura, equipos avalados por el hospital, insumos y personal idóneo que garantizara la operación, sin embargo para esa fecha, la adjudicataria del contrato, se limitó a indicar un plan de empalme, con el cual no cumplió impidiendo y dilatando la suscripción del contrato”.*

Por medio de auto del 21 de octubre de 2014, el Tribunal decidió la solicitud de nulidad impetrada por la parte demandada, resolviendo que no había lugar a declarar la nulidad de todo lo actuado[[8]](#footnote-8).

El 26 de junio de 2015 el apoderado de la parte demandante, descorrió traslado de las excepciones de fondo propuestas por la accionada[[9]](#footnote-9).

Después de decretar y practicar pruebas[[10]](#footnote-10), se corrió traslado[[11]](#footnote-11) a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por demandante y demandado.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En providencia del 29 de octubre de 2015[[12]](#footnote-12), el Tribunal Administrativo de Descongestión Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

**1. Razones de la mayoría**

En primer lugar, el *A quo* se refirió a la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la entidad demandada, señalando que no estaba llamada a prosperar ya que *“no se sustenta en el cumplimiento o no de los presupuestos normativos procesales y tampoco se infiere su desconocimiento al momento de formularse las pretensiones”.*

Seguidamente se pronunció sobre la nulidad por falsa motivación, descartando cada uno de los cargos señalados por el demandante, manifestando que el hecho de que el acto administrativo demandado no cite jurisprudencia del Consejo de Estado de la cual se extrae una parte de la decisión contenida en el mismo, no tiene la connotación suficiente para viciar el acto de nulidad, ya que se trata simplemente de una falta de técnica al no consignar el origen de la fuente.

Por otra parte, afirmó el Tribunal que tampoco observó la contradicción indicada en la demanda al hacer efectivo el amparo de seriedad de la oferta porque el adjudicatario “*no cumple, cuando es la entidad la que se negó a firmar el contrato, por cuanto en dicho acto se indicaba que el día 23 de julio de 2010, fecha en que debía suscribirse el contrato, este finalmente no se firmó, situación frente a la cual la proponente manifestó que no pudo suscribirlo por ausencia de jefe de la oficina jurídica en el Hospital; no obstante, para la Sala no es suficiente la afirmación hecha frente a este aspecto por la demandante, pues independientemente de la presencia del funcionario de la Oficina Jurídica, quien debía suscribir el contrato por parte de la entidad contratante era el representante legal de la misma, razón por la cual no es de recibo que el hecho de no estar la jefe de la Oficina Jurídica haya sido la causa determinante para que el proponente no pudiera formar el contrato”.*

Es así como, el Juez de primera instancia encontró que una vez analizados los términos de referencia allegados al proceso, se pudo corroborar que la entidad contratante no hizo exigencia alguna frente a las especificaciones técnicas de los equipos con los cuales se prestaría el servicio. Por el contrario, se pudo verificar que la demandante en la oferta que presentó, señaló que colocaría en calidad de comodato los equipos ofertados *“con las casas comerciales ROCHE S.A., ROCHEN BIOCARE, ANALISIS TECNICOS Y HUMAN”.* De esta manera concluyó, que la oferta presentada por la accionante sí estuvo soportada en el ofrecimiento de unos equipos de una casa comercial determinada, que para el caso era Roche; razón por la cual el oferente estaba obligado a cumplir con lo consignado en su propuesta.

Por otra parte, con relación al argumento de que en la resolución No. 000098 la entidad demandada cambió la argumentación que usó para declarar la ocurrencia del siniestro, el *A quo* encontró que tampoco tenía asidero jurídico.

En segundo lugar, el Tribunal se refirió a la supuesta vulneración de las normas del código de comercio (artículos 1054 y 1072) por falta de aplicación, encontrando que los actos administrativos demandados no fueron expedidos con vulneración de las disposiciones invocadas, ya que la causal invocada por la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro fue la no suscripción del contrato por parte del adjudicatario, en los términos ofertados y evaluados por la entidad. Adicionalmente, a la luz del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la garantía *“constituida queda para la entidad en calidad de sanción, por lo que en este caso no es de recibo el argumento de que no tasó el perjuicio, pues dicha tasación debe realizarse en el trámite de las acciones procedentes (…)”.*

En tercer lugar, se estudió el cargo de nulidad por violación al principio de irrevocabilidad y obligatoriedad en el acto de adjudicación, encontrándose que no reposan pruebas en el expediente que indiquen que con el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro se hubiese querido revocar la adjudicación efectuada por parte de la administración.

Por último, el Tribunal se refirió a la supuesta vulneración de la norma superior derivada de la violación del principio constitucional de la buena fe (artículo 83), precisando que en el caso en comento no existió quebrantamiento de dicho principio por parte del ente demandado, ya que actuó conforme a lo establecido en la ley y en los términos de referencia; por el contrario, si la demandante no cumplió con el deber de firmar, no debió sorprenderse con la declaración de ocurrencia del siniestro.

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, la parte demandante interpuso recurso de apelación[[13]](#footnote-13), en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Frente a la nulidad por falsa motivación – Violación del artículo 84 del C.C.A.:

1. Primer argumento: afirma el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta ninguna de las pruebas documentales aportadas al proceso en la declaración rendida por Diana Carolina Linares Fuentes, dentro de la oportunidad procesal probatoria para hacerlo. Igualmente, manifiesta que *“las pruebas dejadas de valorar por el a quo evidencian que la demandante siempre estuvo dispuesta a firmar el contrato adjudicado, pues no en no menos de NUEVE OCASIONES acudió al HOSPITAL y dejó constancia de su asistencia y voluntad para firmar el contrato. Asunto bien distinto es que el Gerente del HOSPITAL no haya querido firmar el contrato porque la demandante no contaba con los equipos de marca ROCHE sino ANÁLISIS TÉCNICO; situación que nunca fue determinante para la adjudicación del contrato pero sí, o por lo menos eso es lo que reflejó el HOSPITAL y así lo validó el Tribunal, para la firma del mismo, lo cual es abiertamente ilegal.”*

2. Segundo argumento: la demandante radicó en la entidad demandada más de nueve comunicaciones en las que reiteró su entera disposición para firmar el contrato, circunstancia que no fue tenida en cuenta por el *A quo.* Así mismo, señala que la propuesta presentada por la señora Vejarano siempre incluyó además de los equipos Roche, los de casas comerciales como Rochem Biocare y Análisis Técnicos y Human, de manera que, nunca se sorprendió o asaltó al Hospital en su buena fe ya que la entidad siempre conoció las casas comerciales con las que la demandante prestaría sus servicios *“y, obviamente, las hojas de vida de los equipos. Tan cierto es esto que el mismo Tribunal lo reconoce en el parágrafo 2 de la página 37 de la sentencia recurrida”.*

*“Ahora, si la demandante ofertó la prestación de los servicios con equipos ajustados a los términos de referencia y para ello presentó varias marcas, ¿por qué se habla de un incumplimiento de la propuesta por parte del demandante? Tendría la razón el Tribunal si la doctora VEJARANO jamás hubiere puesto en conocimiento de la demandada la existencia de los otros equipos diferentes a la marca Roche. (…) Y para abundar en argumentos que evidencian lo equivocado que esta el a quo, lo que de por si no fue analizado en la sentencia, obsérvese que la testigo MARÍA FERNANDA RUIZ RINCÓN fue enfática al decir que si la propuesta que presentó la doctora VEJARANO hubiese estado INCOMPLETA, “EL OFERENTE QUEDABA DESCALIFICADO. ESTE NO ES EL CASO”. (fls.256-257). Entonces, si para adjudicarle el contrato a la demandante al HOSPITAL determinó que la documentación exigida en los términos de referencia ESTABA COMPLETA y acorde a lo exigido, ¿por qué ahora viene a decir el HOSPITAL que nunca conoció las condiciones técnicas de los equipos de la firma ANÁLISIS TÉCNICO?”*

3. Tercer argumento: *“No se observa la necesidad de que con la demanda o en el presente proceso se conozcan las hojas de vida de los equipos que las casas comerciales ROCHEM BIOCARE, ANÁLISIS TÉCNICOS Y HUMAN, por algo más que evidente: porque a la demandante se le ADJUDICÓ el contrato, siguiendo los términos de referencia de la invitación pública y, obviamente, lo ofrecido en la propuesta que presentó. Entonces, si en la propuesta se dijo que se anexaban dichas hojas de vida y el HOSPITAL adjudicó el contrato a la demandante, ¿para qué quiere ahora el Tribunal entrar a analizar a lo que ni en su momento el HOSPITAL presentó reparo alguno?”.*

4. Cuarto argumento: “*El Tribunal “infiere” lo que NO dicen los términos de referencia de la invitación pública, lo cual es contrario a la naturaleza jurídica de dicho documento. Es tan evidente que la propuesta no estuvo soportada en UNA casa comercial determinada que en la misma se mencionaron CUATRO CASAS COMERCIALES, pues todas estas cumplían con los requisitos técnicos exigidos por los términos de referencia. (…) Precisamente la hoy demandante cumplió con lo ofertado cuando puso a disposición del HOSPITAL los equipos de la casa comercial ANÁLISIS TÉCNICO mencionados en la propuesta y nunca descartados o rechazados por el HOSPITAL”.*

5. Quinto argumento: afirma el recurrente que los términos de referencia señalan que una vez cerrada invitación pública se evaluarían las propuestas y se procedería a la verificación de los requisitos mínimos de la participación que no tenían ponderación alguna, sino que sería un estudio juicioso de la propuesta para determinar si se ajustaba a los requerimientos jurídicos, financieros y técnicos establecidos. Por lo anterior, señala el apelante que: *“En efecto, si el HOSPITAL hizo un “estudio juicioso” de las propuestas, ¿por qué no RECHAZÓ en su momento la propuesta de la doctora VEJARANO si supuestamente NO tenía la información técnica de los equipos de la firma ANÁLISIS TÉCNICO? Si dicha propuesta no cumplía con los requerimientos jurídicos, financieros y técnicos mínimos, ¿por qué se ADJUDICÓ el contrato”.*

1. Frente a la nulidad derivada de la violación de normas del Código de Comercio que regulan el contrato de seguro:

1. Violación de los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, por falta de aplicación: Afirma el recurrente que quien se negó a suscribir el contrato fue la entidad demandada, pues la señora Vejarano acudió a las instalaciones de la entidad en nueve ocasiones, sin que se hubiese logrado la suscripción del contrato; en consecuencia, nunca hubo siniestro. Tanto así, que Seguros del Estado no le pagó al Hospital la suma pactada por el amparo de seriedad de la oferta.

2. Ilegalidad por violación de los artículos 1077, 1079, 1080, 1088, 1089 y 1091 del Código de Comercio: El Tribunal no apreció la prueba de la cuantía del supuesto siniestro ocurrido, dejando de aplicar los artículos invocados. Igualmente, pone de presente que no se hizo referencia al recurso de reposición interpuesto por la aseguradora en contra de las resoluciones demandadas, y donde se dejó de presente que no se logró acreditar la cuantía del siniestro.

1. Frente a la violación de norma superior. Nulidad derivada de la violación del principio constitucional de la buena fe (artículo 83 C.N) enmarcado dentro de la doctrina de los actos propios (venire contra factum propium):

Considera el apelante que el Tribunal de primera instancia se equivocó porque *“precisamente la demandante consignó expresamente y por escrito que los servicios objeto del proceso de selección los iba a prestar con equipos de casas comerciales, además de los ROCHE, con los de las casa (sic) comerciales “(…) ROCHEM BIOCARE, ANÁLISIS TÉCNICOS Y HUMAN”. (…) En efecto no se logra entender de dónde saca el Tribunal que la demandante pretendió desempeñar el objeto contractual “CON LOS EQUIPOS QUE QUISIERA”, cuando durante todo el proceso de selección mi cliente siempre obró conforme a los términos de referencia y el principio de buena fe, pues siempre dio a conocer los equipos con los cuales cumpliría la prestación objeto del proceso de selección que le fuere finalmente adjudicado”.*

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público guardó silencio.

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas previas las siguientes:

 **V. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Continuidad e integralidad de la prestación servicio de salud; 2) Responsabilidad en la formación del contrato (Interés negativo e interés positivo), 2.1 El contexto normativo de la responsabilidad pre contractual, 2.2 El contexto constitucional de la responsabilidad pre contractual, 2.3 El contexto legal, 2.4. El contexto legal civil y comercial, 2.5. Contexto legal especifico en materia de contratación estatal; 3) Alcance de la oferta; 4) La obligación de suscripción o firma del contrato y las consecuencias de su incumplimiento – Ejecución de la Garantía de seriedad de la oferta; 5) Causales de nulidad de los actos administrativos; 6) Presunción de legalidad de los actos administrativos y; 7) El caso en concreto.

**1) Continuidad e integralidad de la prestación del servicio de salud**

Estima la Sala primero resaltar, que con relación a la protección del derecho fundamental a la salud, ha manifestado la Corte Constitucional que:

*“El derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura[[14]](#footnote-14) […]”.*

De igual forma, ha admitido la Corte Constitucional que el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional[[15]](#footnote-15) y que el Estado y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud deben facilitar su acceso conforme a principios de continuidad[[16]](#footnote-16) e integralidad[[17]](#footnote-17).

Entonces, por tratarse de un derecho de carácter fundamental es necesario que su prestación sea de carácter permanente y continuó, sin que exista discontinuidad, tanto así que se ha admitido por parte de esta Sala, que de manera excepcional la prestación del servicio de salud se dé sin el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el régimen de contratación estatal, aunque, es categórica en exigir para su configuración, que el servicio prestado sin el amparo contractual se encuentre dirigido a “*evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud”*, en razón a lo cual se establecieron como requisitos que:

De manera que, la Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que es debido a la urgencia que representa la prestación del servicio de salud, que se ha tornado objetiva y judicialmente reconocible por la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación, toda vez que de no hacerlo pueden presentarse perjuicios irremediables en las personas que acceden a dicho servicio[[18]](#footnote-18).

Es por esto, que el Tribunal Constitucional ha establecido que es necesaria la prestación del servicio de salud, para de esta manera evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad de la persona.

Al respecto, debe preverse la trascendencia del principio de planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, el cual guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación.

Ahora bien, aunque el legislador no ha tipificado la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6,7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984, según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

De manera que la planeación y la totalidad de sus exigencias constituyen el principio de la actividad contractual, pregonan la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad de la actuación contractual y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado.

Entonces, es evidente que la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial el de la transparencia y el de la economía, dependen en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación e, igualmente, con el deber de selección objetiva de los contratistas mediante la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción del servicio público, especialmente, cuando se trata de la prestación del servicio de salud, el cual, como se dijo, no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia, ya que esto afectaría el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos.

Por lo tanto, las entidades estatales prestadoras de servicios de salud al momento de realizar procesos de selección, deben garantizar que durante el proceso no se va a afectar la salud de los ciudadanos, quienes no se pueden ver afectados a causa de los periodos de transición que se presentan al momento de suscribir un contrato con un nuevo contratista, siendo necesario enfatizar en que esta obligación también se encuentra en cabeza de quienes acuden como proponentes, ya que están en la obligación de desplegar todas las acciones positivas necesarias para que llegue a feliz término la selección que se esté adelantando, por cuanto el derecho a la salud no puede, ni debe ser suspendido o interrumpido.

Así las cosas, quien participa en un proceso de selección como proponente tiene la obligación de garantizar que una vez sea escogida su propuesta por parte de la entidad contratante, el contrato debe ser celebrado a la mayor brevedad posible ya que el servicio de salud no puede verse afectado, siendo su deber cumplir a cabalidad con lo consignado en la oferta, no solo porque así lo establece el estatuto de contratación estatal, sino también porque el servicio de salud debe ser proporcionado sin dilación alguna y así lo debe garantizar la entidad contratante por ser un servicio público como lo consagra la Constitución en el artículo 49.

**2) Responsabilidad en la formación del contrato (Interés negativo e interés positivo)**

Frente a la responsabilidad en la formación del contrato, la Subsección C se pronunció en reciente sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp: 31.618, en los siguientes términos[[19]](#footnote-19):

La responsabilidad en la fase de formación del contrato es uno de los ámbitos de mayor debate jurídico[[20]](#footnote-20), ya que se plantea si su naturaleza es precontractual*[[21]](#footnote-21)* (cuya base conceptual se hace radicar en la *culpa in contrahendo[[22]](#footnote-22))*, extracontractual[[23]](#footnote-23), “o si estamos ante un *tertium genus*”[[24]](#footnote-24), y con qué principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el *neminem laedere*, el abuso de derecho, la equidad, etc., y de la que pueda hacerse derivar la exigencia de indemnizar bien sea el “interés negativo o de confianza” o el “interés positivo o de cumplimiento”.

Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato la afirmación del principio de buena fe[[25]](#footnote-25), al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente[[26]](#footnote-26).

Del principio de buena fe en la fase de formación del contractual cabe afirmar una serie de deberes[[27]](#footnote-27), cuya vulneración o incumplimiento por una de las partes precontractuales puede derivar en una la responsabilidad precontractual, es decir en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

En la contratación del Estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato[[28]](#footnote-28), puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del Estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona.

En la doctrina de derecho civil se plantea que “cuando el contrato está ya a punto de ser celebrado, es más fuerte la confianza de la contraparte y pueden ser más onerosos los compromisos colaterales eventualmente asumidos por ésta última”[[29]](#footnote-29). En estos eventos se producen daños que generan perjuicios que procede su compensación, que pueden comprenderse bajo dos categorías que debe distinguirse: (1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato[[30]](#footnote-30), como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”[[31]](#footnote-31), que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

**2.1.** **El contexto normativo de la responsabilidad precontractual**

Precisado lo anterior, pasa la Sala a referirse al contexto normativo de la responsabilidad precontractual a la cual se refirió, en sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp: 51376, así[[32]](#footnote-32):

La Subsección se plantea el siguiente cuestionamiento: ¿En el contexto del Estado Social de Derecho puede predicarse la existencia de un régimen de responsabilidad en materia de contratación que responda a exigencias causalistas? O ¿un régimen de cumplimiento de deberes normativos, de obligación positiva y de eficacia en la realización de las misiones estructurales de la administración pública para la vida de todos los ciudadanos?

Para responder a este cuestionamiento, lo primero que se advierte es que no es difícil plantear la existencia de la responsabilidad del Estado derivada de la actividad precontractual con sujeción a la cláusula general del artículo 90 constitucional, que llama a la comprobación de un daño antijurídico, una imputación a una entidad pública o a un particular que ejerza funciones públicas y a la consecuente reparación integral del perjuicio causado.

A este respecto es preciso señalar que el daño antijurídico en materia de contratación estatal o en la etapa previa a la celebración del contrato, ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona; esa lesión debe ser producto de una acción, omisión o inactividad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones pública administrativas de naturaleza precontractual, que la víctima no está en el deber de soportar.

Son dos escenarios los que concurren en el daño precontractual: i) Un escenario de libertad negocial descrito por el artículo 333 de la Constitución Política, ii) Un escenario de respeto al orden jurídico legal y la buena administración descrito por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En estos dos escenarios se exige a la administración y a los particulares que pretenden contratar con ella, un comportamiento leal que denote buena fe objetiva.

**2.2 Contexto Constitucional de la responsabilidad precontractual**

En esta línea de pensamiento es oportuno destacar que existe un contexto normativo de orden constitucional que sirve de fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado en los procesos de selección de contratistas. En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece la protección a la libre competencia, entendida como un derecho de todos que supone responsabilidades que se predican no sólo de los particulares sino de la administración pública. A propósito de esta disposición y su relación con la prestación de los servicios públicos, la doctrina ha sostenido:

*“La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las puede afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender servicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias),sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación””[[33]](#footnote-33)*

Lo anterior describe ese primer escenario en el cual, si bien es cierto a nadie se le obliga a contratar, de todas maneras en el contexto de los principios rectores de la actividad negocial, buena fe objetiva y lealtad surgen deberes de respeto en aras de la seguridad jurídica y el interés de la colectividad

**2.3. Contexto legal**

De otra parte, y en forma coordinada con la norma constitucional que se viene de comentar, la Ley 80 de 1993, en el artículo 40 establece que las estipulaciones en los contratos estatales deberán hacerse de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las desarrolladas por esa misma ley, que correspondan a su esencia y su naturaleza.

**2.3.1 Contexto legal civil y comercial**

Así las cosas, la administración pública en tanto sujeto de derecho que actúa dentro de la libre competencia, está sometida al cumplimiento de las obligaciones precontractuales estipuladas en el Código de Comercio, concretamente a su deber de actuar de buena fe.

En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.[[34]](#footnote-34)

El primero de los preceptos citados prevé que los contratos deben *“celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa*[[35]](#footnote-35) *en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”,* precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.[[36]](#footnote-36)

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refieren estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella.

Traspolando el supuesto previsto en el artículo 863 del Código de Comercio al ámbito del contrato estatal, puede decirse que una terminación injustificada por parte de la Administración Pública en la formación de un contrato, después de que ésta ha dado elementos necesarios para que los oferentes crean justificadamente en la posibilidad de su celebración, como ocurre cuando, después de fundamentada en estudios previos, abre un proceso de selección en cualquiera de sus modalidades, se elaboran los correspondientes pliegos de condiciones y se reciben las propuestas de los oferentes; si injustificadamente declara desierto un proceso de licitación; será esta una conducta que no consulta la buena fe contractual y generará responsabilidad. Dentro de este contexto normativo será examinado el caso concreto una vez se hayan reseñado las pruebas que obran en el expediente.

**2.3.2. Contexto legal específico en materia de contratación estatal**

Ahora bien, coherente con estos postulados la ley de contratación estatal, Ley 80 de 1993, con las reformas contenidas en la Ley 1150 de 2007, establece unas reglas que desarrollan el principio de la buena fe y que destacan la posición de la administración como un actor más del mercado y no su gestor en el escenario contractual y precontractual. En efecto, el artículo 24 de la Ley 80, que destaca el principio de transparencia, en el numeral 5o parágrafo 2 numeral 5, establece el contenido de los pliegos de condiciones, advirtiendo que deben contener los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; definir reglas justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos (deber de información) y eviten la declaratoria de desierta de la licitación (deber de no ruptura injusticada); se prohíbe la inclusión de condiciones de imposible cumplimiento; y se obliga a incluir reglas que no induzcan error a los proponentes.

Adicionalmente, el artículo 26 de la misma ley, que desarrolla el principio de la responsabilidad, establece otros comportamientos que indican que tanto la administración como los particulares, en el ámbito de la contratación y la pre contratación deben comportarse de buena fe. Ocurre lo primero cuando en el numeral 3º de dicho artículo 26 se establece que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubiesen abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones o cuando los mismos hayan sido realizados en forma incompleta, ambigua o confusa, que permitan interpretaciones o decisiones subjetivas por parte de la misma administración.

Pero también se impone a los particulares que contratan con el Estado, el deber de obrar de buena fe en la etapa precontractual, ello ocurre cuando en el numeral 6º del artículo de la Ley 80 de 1993, en comento, se establece que los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que hayan fijado condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

**3) Alcance de la oferta[[37]](#footnote-37)**

De acuerdo con lo manifestado por esta Corporación, en sentencia del 18 de marzo de 2015, la oferta de un contrato estatal debe contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico cuya celebración se propone y por supuesto ha de ajustarse por entero al pliego de condiciones.

La oferta,[[38]](#footnote-38) amén de ser seria, es decir de desprenderse de ella que de ser aceptada se entenderá concluido el contrato si el propuesto es consensual o se procederá a suscribir el documento respectivo o a entregar la cosa si el ofrecido es solemne o real respectivamente, y por ser un negocio jurídico recepticio debe ser comunicada al destinarlo, pues sólo en esta medida lo propuesto podrá empezar a generar efectos jurídicos.

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

**4) La obligación de suscripción o firma del contrato y las consecuencias de su incumplimiento – Ejecución de la Garantía de seriedad de la propuesta**

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

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

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

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

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

Frente a la garantía de seriedad de la propuesta, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado[[39]](#footnote-39):

*“(…) En desarrollo de los anteriores postulados la legislación prevé la garantía de seriedad de la oferta con el objeto de que el participante garantice el cumplimiento de las obligaciones que asume al participar en el procedimiento de selección de (sic) contratista, que se hará efectiva cuando se produzca el incumplimiento de alguno de sus deberes y obligaciones.*

*En estas condiciones resulta procedente afirmar que el valor definido en la póliza de seriedad de la oferta sirve de parámetro eficiente para establecer el monto del perjuicio causado por el sujeto privado injustamente del derecho de participar y ser evaluado dentro de un procedimiento de licitación pública.*

*Dicho en otras palabras, así como la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad o razón de ser afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado legalmente o en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del contratista y esta garantía se hace efectiva en caso de incumplimiento del participante, esta misma razón debe tenerse en cuenta y aplicarse cuando sea la entidad estatal licitante, como en el presente caso, la que incumple y priva injustamente al proponente del derecho que le asiste de que su oferta sea valorada, ya que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición”.*

**5) Causales de nulidad de los actos administrativos**

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) Cuando se expidan de forma irregular; V) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

Es así como, en el caso objeto de análisis el demandante solicita la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos por la accionada, ya que en su criterio fueron expedidos con falsa motivación.

De conformidad con lo anterior, la Sala se referirá únicamente a la causal de falsa motivación, debido a que fue la invocada por la demandante como aquella que vició la legalidad de los actos administrativos demandados. Así la ha definido la jurisprudencia contenciosa:

*“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que (…) se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública”[[40]](#footnote-40).*

(…)

*Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”[[41]](#footnote-41).*

**6) Presunción de legalidad de los actos administrativos**

La actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”[[42]](#footnote-42)* de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”[[43]](#footnote-43)* y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.” [[44]](#footnote-44)*

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”[[45]](#footnote-45)*

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento…” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…”*

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

**7) El caso en concreto**

Descendiendo al debate planteado en el asunto *sub examine*, la Sala analizará si hay lugar a la revocatoria de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, es necesario revocarla de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el demandante en la apelación, dirigidos a demostrar que la entidad accionada expidió los actos administrativos demandados con falsa motivación y desconociendo disposiciones del Código de Comercio y de carácter constitucional.

Así pues, el problema jurídico que se plantea la Subsección consiste en determinar si tienen vocación de prosperidad las pretensiones del actor encaminadas a lograr la declaratoria de nulidad del acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento de la oferta, y aquel que lo confirmó, o si por el contrario, el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de dichas resoluciones.

Precisado lo anterior, la Sala encuentra demostrado que el Hospital de Suba requería contratar la prestación del servicio especializado de laboratorio clínico, como se señala el estudio de necesidad y conveniencia de la contratación GRF – 1507 – DI – FT – 262 del 29 de marzo de 2010, cuyo objeto era la[[46]](#footnote-46): “*Prestación del servicio especializado de Laboratorio Clínico, con la disposición de equipos de alta tecnología que satisfagan las necesidades del servicio y de la comunidad, además deberá contar con sistemas de información robustos que almacén (sic) la información de cada usuario y que permita realizar análisis estadísticos del servicio y contar con el suministro de reactivos, controles, calibradores, consumibles y otros insumos de excelente calidad para la buena prestación del servicio, garantizando así que los resultados de las pruebas de laboratorio clínico desde la recepción del paciente hasta la entrega final del resultado sean confiables y oportunas, con el fin de apoyar el diagnóstico clínico del paciente y lograr el mantenimiento y recuperación de las condiciones de salud. (…)”*

Es así como, el Hospital de Suba mediante invitación pública No. 013 de junio de 2010 abrió un proceso de contratación con miras a seleccionar un contratista para la prestación del servicio especializado de laboratorio clínico de manera concordante con el Decreto 1011 de 2006 (S.O.G.C.S.)[[47]](#footnote-47).

De esta manera, una vez puesta en conocimiento del público la mencionada invitación pública, el Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano presentó oferta ante la entidad demandada el día 25 de junio de 2010, en la cual se comprometió a lo siguiente[[48]](#footnote-48):

 *“(…) 3. PROPUESTA TECNICA*

*(…) 3.2. REQUERIMIENTOS ESPECIFICOS*

*ANALIZADORES A OFERTAR*

*El Laboratorio Clínico ofrece Tecnología de punta con equipos totalmente automatizados con lector de Código de barras y con el soporte técnico de multinacionales caracterizado por su trayectoria de calidad. Se anexa registro de Invima de todos los reactivos garantizando la calidad de estos para todas las pruebas a realizar. Además se garantizara el cambio de Equipos o elementos que no cumplan con la calidad y cantidad exigidas esto sin ningún costo para el Hospital.*

*(…) 1- QUIMICA CLINICA –* ***EQUIPO COBAS C501 ROCHE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*2- HEMATOLOGIA –* ***ANALIZADOR XT – 1800I ROCHE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*3- ORINAS –* ***ANALIZADOR COBAS U – 411 ROCHE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*4- GASES ARTERIALES –* ***EQUIPO COBAS B – 211 ROCHE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*5- MICROBIOLOGIA –* ***EQUIPO MICROSCAN – ROCHEM BIOCARE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*6- COAGULACION –* ***EQUIPO ACL – 1000 ROCHEM BIOCARE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*7- INMUNOSEROLOGIA EQUIPO –* ***ELECSYS 2010 ROCHE***

*CARACTERISTICAS ESPECIFICAS (…)*

*8- UNIDAD TRANSFUNSIONAL*

*(…) EL LABORATORIO CLINICO E INMUNOLOGICO Diligenciara los formatos de hoja de vida de los equipos en comodato ofertados solicitados por el área de recursos físicos.*

*(…)”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De igual forma que el Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano, la empresa DIATEST presentó propuesta ante el Hospital de Suba, LTDA, oferentes estos, que estuvieron presentes en la audiencia de aclaración de términos de referencia de la invitación No. 013 de 2010[[49]](#footnote-49). Posteriormente, se realizó el cierre de la convocatoria el 28 de junio de 2010, en la que participaron Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano, DIATEST LTDA, la Jefe de la Oficina – Asesora Jurídica y la Representante de la Oficina de Gestión Pública y Autocontrol del Hospital De Suba[[50]](#footnote-50).

Vencido el término para la evaluación y calificación de la ofertas, la entidad contratante expidió la Resolución No. 00148 del 30 de junio de 2010 “Por la cual se adjudica la Invitación Pública 013 de 2010”, expedida por el Gerente y de la cual se resalta lo siguiente[[51]](#footnote-51):

*“(…) Que en la oportunidad debida presentó propuesta: LORENA VEJARANO / LABORATORIO CLINICO E INMUNOLOGICO LORENA VEJARANO Y DIATEST LTDA*

***Que la Oficina Asesora Jurídica del Hospital de Suba II Nivel, mediante su evaluación, determinó que la oferta de la empresa LORENA VEJARANO / LABORATORIO CLINICO E INMUNOLOGICO LORENA VEJARANO CUMPLE con los requisitos exigidos en los términos de referencia y por tanto está habilitada para ser evaluada en los demás aspectos establecidos.*** *Por otra parte DIATEST LTDA NO CUMPLE la evaluación jurídica, toda vez que no llenó los requisitos legales establecidos en los términos de referencia, situación que acarreó la inadmisión jurídica de la propuesta (anexo 1).*

*Que como consecuencia a lo anterior y sobre el concepto jurídico se procedió a realizar la evaluación técnica y financiera (anexo 2 y 3).*

*(…)*

*RESUELVE:*

*PRIMERO: ADJUDICAR la convocatoria Pública No.013 de 2010 que tiene por objeto “prestación del servicio especializado de Laboratorio Clínico de manera concordante con el Decreto 1011 de 2006 (S.OG.C.S) que requiera la ESE Hospital de Suba II Nivel” a la persona jurídica LABORATORIO CLINICO E INMUNOLOGICO LORENA VEJARANO con Nit No. 34.551.801-0 y representada legalmente por Lorena Vejarano, en las condiciones establecidas en los términos de referencia y en la propuesta presentada debidamente evaluada.*

*SEGUNDO: Proceder a suscribir el correspondiente contrato dentro de los (3) días siguientes a la notificación del presente documento”.* (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Una vez proferido este acto administrativo, la otra empresa proponente – DIATEST LTDA allegó oficio de fecha 30 de junio de 2010, a través del cual el representante legal de Productos Roche S.A. certificó que la señora Lorena Vejarano, no contaba con ningún tipo de relación comercial con la empresa, es decir, que “*no estaba registrada en nuestra base de datos ni como cliente ni como distribuidor autorizado”*[[52]](#footnote-52).

El 6 de julio de 2010 la señora Claudia Lorena Vejarano dirigió un escrito a la Dra. Yenny Marcela Herrera – Hospital II Nivel Suba E.S.E, en el que solicitó se sirviera certificar su presencia ese día en la sede del Hospital para suscribir el contrato de que trata la Resolución No. 000148 del 30 de junio de 2010[[53]](#footnote-53). Ese mismo día, la aquí demandante radicó otro oficio, esta vez dirigido al Gerente de la entidad, en el cual señaló lo siguiente[[54]](#footnote-54):

*“Por medio de la presente le informo a usted que hoy 6 de julio de 2010, estaré dispuesta a suscribir el contrato tal y como se ha ordenado en la resolución de la referencia.*

*Lo anterior, a pesar de los inconvenientes que se presentaron con DIATEST LTDA., antiguo proveedor del Hospital de SUBA II NIVEL E.S.E., y que fuera descalificado para participar en la invitación referida, inconvenientes que obedecen a presiones ejercidas por Productos ROCHE S.A., que pretende obligar al Hospital a continuar trabajando con DIATEST LTDA., su Distribuidor; a pesar reitero, que el mismo fuera descalificado para participar en el proceso de contratación que nos ocupa.*

*De otro lado, si Productos ROCHE S.A., no cumple con lo pactado en la Oferta de Apoyo Tecnológico, la que fuera aceptada por la suscrita; no se paralizarían los servicios de Laboratorio en el Hospital, porque además de tener el Laboratorio Espejo; cuento con el apoyo irrestricto de la firma ANALISIS TECNICOS LTDA., que posee igual o mejor tecnología que la ofrecida por Productos ROCHE S.A., y que estaría a disposición del Centro Hospitalario, en los plazos establecidos en la Invitación referida y en sus términos de referencia, tal como consta en el documento que obra en la oferta en el folio 128, así como las casas comerciales HUMAN, ROCHEM BIOCARE y ANALISIS TECNICOS. (…)”* (Subrayado fuera de texto)

Así pues, el día 7 de julio de 2010 nuevamente la señora Claudia Lorena Vejarano se hizo presente en el Hospital de Suba para firmar el contrato; ese mismo día, la firma DIATEST LTDA. interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 00148 del 30 de junio de 2010, por medio de la cual se adjudicó la Invitación Pública 013 de 2010[[55]](#footnote-55).

Este recurso, fue resuelto por la entidad accionada mediante Resolución No. 000151 del 9 de julio de 2010, en la que determinó confirmar en todas sus partes el acto administrativo inicial y ordenó proceder a la suscripción del contrato dentro de los tres días siguientes a la notificación del citado acto administrativo, decisión que fue notificada el 13 de julio de 2010 y de la que se resalta lo siguiente[[56]](#footnote-56):

*“(…)* ***Para la entidad es claro que la discusión radica en la certificación de exclusividad que otorga un proveedor de equipos (ROCHE), hecho irrelevante para nuestra contratación ya que de una parte el objeto de la invitación pública no comporta la compra o suministro de equipos, y de otra, que esta empresa no cuenta con franquicia o exclusividad, pues en ese orden de ideas, habría el Hospital incluido dentro de los términos de referencia como requisito esencial que se contara con dicha exclusividad.***

***Es por ello que no es factor determinante al momento de seleccionar al oferente que se presente con equipos de una u otra marca, incluso en los términos de referencia se solicitó que se demuestre la propiedad de los equipos con los que se va a prestar el servicio o en su defecto con la manifestación de alquiler de los mismos.***

*(…) Para la gerencia es irrelevante que un oferente se acredite sí o no como distribuidor exclusivo de una marca, cuando el objeto de la invitación pública no comporta dicha implicación, así las cosas, no se tendrá en cuenta las certificaciones expedidas por la firma ROCHE S.A. dirigidas a esta Institución, porque además NUNCA FUERON solicitadas por funcionario alguno del Hospital y porque ella evidencian los escenarios en los que los oferentes se mueven para lograr la adjudicación de una invitación, sin entender con ello, que estas sean buenas prácticas o calificarlas como desleales, ya que no es de nuestra competencia.*

*(…)*

*RESUELVE*

*PRIMERO: NO REVOCAR la resolución 148 de 2010, mediante la cual se adjudicó la invitación pública No. 013 de 2010 y en consecuencia mantenerla incólume en todas sus partes*

*SEGUNDO:* ***Proceder a suscribir el correspondiente contrato dentro de los (3) días siguientes a la notificación del presente documento”****.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Una vez tomada esta resolución por el hospital contratante, la aquí accionante a través de oficio del 14 de julio de 2010 dirigido a Recursos Físicos – Activos del Hospital de Suba II Nivel E.S.E., solicitó el ingreso de unos equipos para uso administrativo y asistencial del Laboratorio Clínico de la entidad[[57]](#footnote-57). Del mismo modo, la adjudicataria relacionó la metodología que llevaría a cabo para iniciar el servicio de Laboratorio Clínico en la entidad[[58]](#footnote-58).

Seguidamente, por medio de memorial del 16 de julio de 2010, dirigido al señor Edgar Silvio Sánchez Villegas – Gerente del Hospital de Suba, la señora Claudia Lorena Vejarano, afirmó estar dispuesta a suscribir el contrato adjudicado[[59]](#footnote-59) y manifestó que: “(…) *De otro lado le informo que Productor ROCHE S.A., me manifestó que requiere de 30 días; situación que no me parece conveniente, por que (sic) se requiere iniciar la ejecución del contrato en forma inmediata y evitar a toda costa una posible paralización del servicio de Laboratorio Clínico en la Institución que Usted dirige. (…) le reitero, porque es de su conocimiento, que desde el día de ayer están a disposición del Hospital, todos los equipos pertinentes y el personal idóneo, tanto del Laboratorio Espejo como de la firma ANALISIS TECNICOS LTDA., que posee igual o mejor tecnología que la ofrecida por Productos ROCHE S.A., para iniciar con la ejecución del contrato que se pretende suscribir”.*

En el mismo sentido, el 23 de julio de 2010 la señora Claudia Lorena Vejarano radicó un nuevo oficio en el cual afirmaba estar dispuesta a firmar el contrato que le había sido adjudicado, teniendo en cuenta que contaba con el apoyo de la firma Análisis Técnico LTDA[[60]](#footnote-60) y que “*productos ROCHE S.A., me manifestó que requiere de 15 días más para cumplir lo pactado en la Oferta de Apoyo Tecnológico que fuera aceptada por la suscrita; situación que no me parece conveniente, por que (sic) se requiere iniciar la ejecución del contrato en forma inmediata y evitar a toda costa una posible paralización del servicio de Laboratorio Clínico en la Institución que usted dirige.*

Conforme con lo anterior, es claro para la Subsección que lo que la señora Vejarano Restrepo pretendía era que el contrato se firmara conforme a las condiciones que ella quería imponerle a la entidad accionada y no en cumplimiento a lo consignado en la oferta presentada.

Por otra parte, y a razón de que habían transcurrido varios días sin que se firmara el contrato de prestación de servicios con el laboratorio que había resultado favorecido con la adjudicación, la Jefe Oficina – Asesora Jurídica del Hospital de Suba II Nivel E.S.E. emitió un concepto jurídico el 26 de julio de 2010 en el cual puso de presente la irregularidad que se venía presentado en los siguientes términos[[61]](#footnote-61):

*“(…) k. Los términos de referencia presentados a los interesados, incluyen la relación de equipos con los cuales el oferente debe prestar el servicio e implica la obligación de “Para la verificación de las condiciones y características de los equipos, el oferente deberá acreditar que son de su propiedad con las respectivas cartas, o presentar el documento en el que establezca la voluntad de alquilarlos, ANEXANDO LAS HOJAS DE VIDA DE LOS MISMOS”.*

***l. En estas condiciones, es vinculante para efectos de la oferta y la suscripción posterior del contrato, los equipos que fueron presentados para el análisis de la oferta y sobre los cuales se comprometió el oferente a prestar el servicio. Ha manifestado la adjudicataria que cuenta con los equipos de mejor calidad a los ofertados y que será los que pondrá a disposición del Hospital, cuando en consideración a esa ventaja debió presentarlos en su oferta, porque se insiste la administración del Hospital dejó en libertad a los interesados en presentar ofertas con la casa matriz o laboratorio de su escogencia.***

***m. Téngase en cuenta que los equipos ofertados ninguno corresponde a la marca ANALISIS TECNICOS LTDA, con los que pretende se autorice la suscripción del contrato.***

***n. En ese orden de ideas, no es posible para la administración aceptar un cambio de condiciones al momento de la suscripción del contrato y mucho menos cuando desconoce las condiciones técnicas mínimas de los equipos que se pretenden instalar, lo que genera un grave riesgo en la prestación del servicio.***

*o. De otra parte, la oferente presento (sic) un cronograma de inicio de actividades, el cual no se cumplió y a la fecha limite (sic) para la suscripción del contrato, solo conto (sic) con insumos en bodega, lo cual no le permite garantizar entrar en operación.*

*p. Desde este punto de vista y frente al vacio (sic) que en el tema contempla el estatuto interno de contratación del Hospital, atendiendo el contenido del art. 30 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, es necesario declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta que garantizó la misma oportunamente. (…)”.*

Tambien reposa oficio de fecha 26 de julio 2010 dirigido al Gerente del Hospital II Nivel de Suba - Doctor Edgar Silvio Sánchez Villegas y suscrito por Diana Carolina Linares Fuentes, apoderada de la señora Claudia Vejarano Restrepo, manifestó haber estado en las instalaciones de la entidad para firmar el contrato, pero que no se había llevado a cabo por razones que no le habían sido comunicadas[[62]](#footnote-62).

El mismo 26 de julio de 2010, a través de informe suscrito por la profesional especializada de laboratorio y la líder de apoyo diagnóstico y terapéutico del Hospital de Suba, se le informó al Gerente de la entidad que el Laboratorio Clínico Inmunológico Lorena Vejarano no había dado cumplimiento *“en relación a lo pactado con la entrega de los equipos de laboratorio tal como se acordó en la invitación pública No. 013 de 2010”[[63]](#footnote-63).*

Así las cosas, y a raíz de las injustificadas dilaciones para la firma del contrato la entidad contratante expidió la Resolución No. 000165 del 26 de julio de 2010 “Por la cual se declara el siniestro de incumplimiento de oferta” (notificada a la adjudicataria el 2 de agosto de 2010[[64]](#footnote-64)) en la que se afirmó[[65]](#footnote-65):

*“(…) Que la adjudicataria mediante documento radicado en la oficina jurídica del Hospital, el pasado 15 de julio de 2010, solicita un plazo de (5) días hábiles para suscribir el referido contrato, aduciendo la necesidad de reprogramar el proceso de empalme debido al termino (sic) se agoto (sic) en el trámite de interposición y resolución del recurso de reposición.*

***Que visto la solicitud de la adjudicataria, el término para la suscripción del contrato feneció el pasado 23 de julio de 2010.***

*(…) Téngase en cuenta que* ***la oferta presentada por la Dra. LORENA VEJARANO, si bien es cierto menciona la firma ANALISIS TECNICOS, no allega ningún documento que indique que las condiciones técnicas de equipos de esta casa, por tanto, si dentro de su oferta se presenta con la relación y soportes de los equipos aquí mencionados, no es posible que se cambien las condiciones ofertadas y pretenda prestar el servicio usando otros equipos de los cuales el Hospital desconoce las condiciones técnicas mínimas, lo cual implica poner en riesgo la prestación del servicio****.*

*(…)* ***En este orden de ideas, no basta con la manifestación de quien se adjudica el contrato de tener la intención de suscribir el contrato, sino que se debe garantizar que al momento de la suscripción del mismo cuenta con la infraestructura, equipos, insumos y personal idóneo que inicie y garantice la operación, sin embargo a la fecha la adjudicataria del contrato, se ha limitado a presentar un plan de empalme, el cual a la fecha no se cumplió e impide la suscripción del referido contrato.***

*(…)* ***En este orden de idas sería irresponsable de parte de esta Gerencia, permitir que bajo esquemas irresponsables de oferentes adjudicatarios, se proceda a suscribir el contrato, ajustándolo a las necesidades del contratista y no a las de la Institución, pues téngase en cuenta que la oferente manifiesta cumplir con la suscripción del contrato haciendo uso de equipos que nunca fueron presentados al Hospital para su análisis y aprobación, lo cual pone en riesgo inminente la prestación del servicio, aunado a la falta de programación e incumplimiento de lo que denomino (sic) la adjudicataria “metodología para iniciar el servicio”.***

*Ante tal situación, la Gerencia se ve en la obligación de hacer uso de las herramientas legales con las que cuenta para resolver y buscar alternativas que garanticen la óptima prestación del servicio de laboratorio clínico para el Hospital de Suba II Nivel ESE, frente al incumplimiento en La suscripción del contrato por parte de CLAUDIA LORENA VEJARANO, en especial las contempladas en los términos de referencia en el numeral 15.3 de los documentos jurídicos en los que se requiere la expedición de la póliza de seriedad de la oferta (…)*

*RESUELVE:*

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de oferta dentro del proceso de invitación pública No. 013 de 2010 para el caso de la propuesta presentada por CLAUDIA LORENA VEJARANO, el día 28 de junio de 2010.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de siniestro, adelantar los trámites establecidos para obtener el reconocimiento de las indemnizaciones amparadas por la póliza de seriedad de la oferta No.40 44 – 101014264, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. el 22 de junio de 2010 y con vigencia hasta el 30 de septiembre de 2010. (…)”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Contra el anterior acto administrativo, se alzaron la parte accionante y el apoderado de la Compañía de Seguros del Estado S.A. mediante escritos del 4 de agosto[[66]](#footnote-66) y el 6 de septiembre de 2010[[67]](#footnote-67), respectivamente. Recursos que fueron desatados mediante la Resolución No.000098 del 9 de mayo de 2011 “Por medio de la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la resolución No.000165 de fecha 26 de julio de 2010” (notificada el 25 de mayo de 2011[[68]](#footnote-68)), expedida por el Hospital de Suba y de la cual se resalta lo siguiente[[69]](#footnote-69):

*“(…)* ***No es de recibo y aceptable desde ningún punto de vista, la afirmación de los recurrentes que señalan que el Hospital declaró el siniestro de incumplimiento de oferta, con fundamento en que el oferente cambió las condiciones ofertadas al no aportar equipos de determinadas marcas, porque de acuerdo a los términos de la invitación, los oferentes estaban en plena libertad de ofertar con el apoyo y aval de cualquier proveedor de equipos e insumos autorizado en el país y que desde ningún punto de vista se exigió por parte del Hospital que las ofertas contaran con el aval de uno u otro laboratorio, así mismo, que en ningún momento fue factor determinante al momento de seleccionar al oferente, que el mismo se presentara con equipos de determinada marca. Sin embargo, una vez aceptada por parte del Hospital la oferta, en las condiciones y con los equipos elegidos por el oferente, no es posible que se modifique al momento de la suscripción del contrato los términos planteados.***

*(…)* ***La declaración de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de la oferta, la efectuó esta institución porque la adjudicataria LORENA VEJARANO / LABORATORIO CLINICO E INMUNOLOGICO LORENA VEJARANO, en su oferta se presentó con la relación y soportes de los equipos Cobas 6000 – C 501 de roche, Analizador hemático SYSMEX XT – 1800 u de Roche, Cobas u c 411 de Roche, Cobas B 221 de roche, Elecsys 2010 de Roche, analizador de coagulación ACL marca I.L de Roche Biocare, Microscan, Wlakaway de Roche Biocare y Microscopios de Human, pretendiendo después prestar el servicio usando otros equipos de los cuales el Hospital desconoce las condiciones técnicas mínimas, lo cual implicaría de manera tajante y palmaria, poner en riesgo la prestación del servicio público de salid. La oferente, no allegó a esta institución hospitalaria dentro del proceso de invitación pública No. 013 de 2010, ningún documento que indicara las condiciones técnicas de equipos de la casa ANALISIS TECNICO S.A, con los que pretendía ejecutar el contrato.***

*(…) Ahora bien, es importante resaltar que en los términos de referencia, de manera más precisa, en el numeral 18 de ese documento vinculante para las partes, denominado “FIRMA DEL CONTRATO”, se estableció lo siguiente: “El Hospital y el Adjudicatario deberán firmar el contrato dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su adjudicación”; igualmente en la Resolución No. 000148 de 2010, que adjudica la licitación No. 013 de 2010, se establece que el contrato debe ser firmado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de ese acto; así mismo en la Resolución No. 000151 de 2010, mediante la cual se adjudicó la invitación pública No. 013 de 2010, en el artículo segundo del resuelve se indica de manera palmaria que el contrato deberá ser firmado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de ese acto administrativo.*

*Posteriormente, el día 26 de julio de 2007, la adjudicataria radica escrito en el cual manifiesta que estuvo presente en las instalaciones del Hospital el día 23 de julio de 2010, para suscribir el contrato con el que se perfeccionaba la adjudicación de la invitación pública No. 013 de 2010, y que la firma del mismo no fue posible porque la Jefe de la Oficina Jurídica no se encontraba presente, no encontrando la administración procedente ni aceptable esta explicación desde ningún punto de vista porque si se presentó ese día para la firma y no encontró a la Jefe de esa dependencia, ha debido esperarla un tiempo prudencial o haber acudido ante el Gerente quien es el representante legal de la entidad y quien suscribe dichos documentos. Obsérvese que en el escrito de fecha 23 de julio, no hace alusión a que se presentó en el hospital y que no encontró a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica o que tan siquiera que intentó contactar al Gerente del Hospital, es decir, no dio muestras de que intentara realizar acto positivo alguno para que efectivamente la firma del contrato se concretara.*

*(…) Por ello, no es de recibo el argumento consistente en que el Hospital incumplió con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio, pues la declaratoria de siniestro de incumplimiento de la garantía de seriedad de la oferta, se efectuó con base en lo consagrado en el artículo 30, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, y con fundamento en la norma señalada por la parte recurrente. Siendo por ello procedente hacer efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta para entidades estatales expedida por la compañía de seguros SEGUROS DEL ESTADO S.A., en un cien por ciento (100%) del valor asegurado”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme a lo anterior, la Sala se encuentra plenamente acreditado que la accionante participó de manera libre, espontánea y voluntaria en el proceso de selección iniciado por la entidad demandada, aceptando por lo tanto todas y cada una de las exigencias contenidas en los pliegos de condiciones. Es así como, resultó adjudicataria de la invitación pública No. 013 de junio de 2010, a través de la Resolución No. 00148 de 2010, la cual fue confirmada por medio del acto administrativo No. 000151 del 9 de julio de 2010, y se comprometió, de acuerdo con su oferta, a dar en comodato al Hospital de Suba equipos de las marcas Roche y Rochem Biocare para prestar el servicio de laboratorio clínico en la entidad.

De esta manera, radicaba en cabeza del Laboratorio Clínico e Inmunológico Lorena Vejarano el deber de suscribir el contrato que le había sido adjudicado teniendo en cuenta lo señalado en la oferta presentada y ajustándose a los plazos establecidos por el Hospital en los pliegos de condiciones, esto es, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la Resolución No. 00148 del 30 de junio de 2010. No obstante, teniendo en cuenta que dicho acto administrativo fue recurrido por la empresa DIATEST LTDA. y resuelto por el contratante por medio de la Resolución No. 000151 del 9 de julio de 2010 (la cual fue notificada a la demandante el 13 de julio), el nuevo plazo para suscribirlo eran los 3 días siguientes a la notificación de esta última decisión; es decir, el 16 de julio de 2010.

Pese a ello, la señora Claudia Lorena Vejarano mediante escrito del 15 de julio de 2010 solicitó al Hospital un plazo de 5 días hábiles para suscribir el referido contrato, aduciendo la necesidad de reprogramar el proceso de empalme *“debido al término que se agotó en el trámite de interposición y resolución del recurso de reposición”,* petición a la cual accedió la entidad accionada, otorgando el plazo solicitado; en consecuencia, la demandante tenía hasta el 23 de julio de 2010 para llevar a cabo la referida suscripción.

Así las cosas, llegado el día 23 de julio de 2010 la señora Vejarano Restrepo tampoco firmó el contrato, limitándose a radicar un escrito en el que afirmó estar dispuesta a suscribirlo y donde aseveró que la empresa Roche S.A. le había comunicado que requería de 15 días más para cumplir con lo pactado en la oferta de apoyo tecnológico, circunstancia esta, que en su criterio no era conveniente debido a que se necesitaba la prestación inmediata del servicio, motivo por el cual ofrecía equipos de la firma Análisis Técnicos Ltda.

De esta manera, está claro para la Sala de Subsección que el comportamiento desplegado por la señora Vejarano Restrepo después de adjudicado el proceso de contratación para la celebración del contrato, no se acompasa con el principio de buena fe contractual que gobierna las relaciones contractuales, ya que es evidente que al momento de la presentación de su oferta no contaba con la seguridad de los equipos ofertados en los tiempos y condiciones requeridos en los pliegos para la prestación del servicio, como asi lo exigía el numeral 15.6.1, debiendo por lo tanto, en forma posterior a la adjudicación cambiar la referencia de los equipos ofertados por la firma Análisis Técnicos LTDA.

Para la entidad pública demandada no generaba motivos de inquietud que la propuesta presentada por la señora Vejarano Restrepo en la invitación pública No. 013 de 2013, tal como lo indicó la evaluación técnica de la misma, se ejecutaría con Productos Roche, así lo puntualizó: *“(…) Dentro de la propuesta se expone que el grupo de ingeniería para los analizadores estará a cargo de ROCHE (…) Dentro de la propuesta se presenta documento que acredita la propiedad de los equipos (suministrados por ROCHE bajo la modalidad de comodato). Los equipos expuestos cumplen con los requisitos presentados en la propuesta”.*

Esta circunstancia, pone en evidencia que contrario a lo dicho por la demandante en la demanda y en el recurso de apelación, en su oferta sí incluyó específicamente como marca de los equipos con los cuales se daría cumplimiento al contrato, a las firmas Roche y Rochem, aportando la documentación requerida por la entidad para analizar las características técnicas de los productos y equipos ofertados.

Por lo tanto, la decisión tomada por el Hospital de Suba en los actos administrativos demandados de declarar la ocurrencia del siniestro por incumplimiento de la oferta, encuentran su explicación en que esta, no podía en forma posterior a la adjudicación cambiar los fundamentos de la evaluación técnica que sirvió de sustento para el acto administrativo de adjudicación a la entidad demandante, pues los equipos correspondientes a la marca Análisis Técnico no había sido objeto de oferta y mucho menos de evaluación técnica.

Por lo tanto, no cabe duda alguna que la entidad demandada debía en aras de alcanzar los fines de la contratación y preservar el patrimonio público, adoptar las medidas conducentes para hacer efectivo el contenido del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que señala que si el adjudicatario no firma el contrato en el término establecido, habrá lugar a hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, como efectivamente lo hizo el Hospital de Suba.

Adicionalmente, el Laboratorio Clínico e Inmunológico estableció diáfanamente en la propuesta allegada a la entidad, que dentro de sus obligaciones se encontraba garantizar que *“los elementos entregados en el Laboratorio, deberán corresponder en marca, precio y calidad a los ofertados y aprobados en el contrato. (…) los elementos en comodato serán entregados 2 días hábiles después de legalizado el contrato”[[70]](#footnote-70).*  Obligación también incumplida por el Laboratorio demandante.

De esta manera, es evidente para la Sala que no existió falsa motivación en la expedición de los actos administrativos demandados ya que no se logró demostrar la existencia de un error de hecho o de derecho en las resoluciones demandadas, por el contrario, lo que se evidenció fue que la adjudicataria incumplió los deberes a su cargo, al pretender cambiar las condiciones de la propuesta presentada al Hospital de Suba, arguyendo que la firma Roche se demoraría mucho en suministrarle los servicios tecnológicos que se requerían para la ejecución del contrato, comportamiento que a todas luces, resulta desleal y contrario a la buena fe contractual, ya que la demandante lo que pretendía con sus recurrentes escritos de intención de querer suscribir el contrato era desviar la atención de la entidad contratante y así obviar el hecho de que no contaba con el aval de la empresa cuyos equipos había ofertado, tanto así, que solicitó un aplazamiento de término establecido para la suscripción del contrato, buscando de esta manera crear confusión para que se accediera a sus pretensiones.

Así las cosas, la Sala de las probanzas antes señaladas puede inferir que la demandante pretendió cambiar las condiciones consignadas en la oferta presentada a la entidad accionada, desconociendo así, que esta es vinculante en los términos allí consignados, debido a que fue precisamente por lo allí prometido que el Hospital de Suba había escogido al Laboratorio de la señora Claudia Lorena Vejarano como adjudicatario para la prestación del servicio de salud antes referido, poniendo en riesgo el derecho a la salud de la población atendida por el Hospital de Suba, de esta manera, queda desvirtuado lo afirmado en el cuarto argumento del numeral 1 del recurso de apelación.

En consecuencia, la demandante violentó el deber de suscripción y firma del contrato que sobre ella recaía, tanto así, que ni siquiera desplegó conductas o comportamientos encaminados a concretar tales deberes mínimos, sino que con absoluta deslealtad y falta de corrección, retardó injustificadamente la celebración del contrato.

Quedan así sin fundamento las afirmaciones de la accionante según las cuales fue el Hospital de Suba quien se negó a suscribir el contrato, ya que como bien se dijo en los actos administrativos demandados no es una excusa válida el hecho de que no se encontraba presente la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, ya que es el Representante Legal, en este caso el Gerente, el que tenía la potestad de suscribir los contratos y de quien no se demostró su renuencia o negativa a celebrar el contrato; adicionalmente, la sola presencia en las instalaciones de la institución no era suficiente para lograr celebrar el contrato, era necesario desplegar comportamientos positivos en aras de cumplir con la obligación a su cargo.

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

Adicionalmente, es menester señalar que la demandante no solo incumplió los deberes que como proponente sobre ella recaían, sino que también puso en riesgo la prestación del servicio de salud en el Hospital de Suba, al no garantizar de manera efectiva la “*Prestación del servicio especializado de Laboratorio Clínico, con la disposición de equipos de alta tecnología que satisfagan las necesidades del servicio y de la comunidad, además deberá contar con sistemas de información robustos que almacén (sic) la información de cada usuario y que permita realizar análisis estadísticos del servicio y contar con el suministro de reactivos, controles, calibradores, consumibles y otros insumos de excelente calidad para la buena prestación del servicio, garantizando así que los resultados de las pruebas de laboratorio clínico desde la recepción del paciente hasta la entrega final del resultado sean confiables y oportunas, con el fin de apoyar el diagnóstico clínico del paciente y lograr el mantenimiento y recuperación de las condiciones de salud (…)”,* como lo establecía el objeto contractual; comportamiento que desde ningún punto de vista puede ser avalado por esta Corporación, por los motivos expuestos en el primer acápite de esta providencia.

Bajo esta motivación, la Sala encuentra que no existió violación de los artículos 1054,1072, 1077, 1079, 1080, 1088, 1089 y 1091 del Código de Comercio, así como del artículo 83 de la Constitución Política, de los cuales se solicitaba declarar la nulidad de los actos administrativos No. 000165 del 26 de julio de 2010 y No. 000098 del 9 de mayo de 2011.

En último lugar, la Subsección considera necesario referirse a lo dicho por la demandante en el escrito de apelación frente a la valoración que hiciera el *A quo* de los testimonios rendidos por las señoras Diana Carolina Linares Fuentes (apoderada de la demandante) y Jenny Marcela Herrera Molina (Jefe de la Oficina Jurídica del Hospital de Suba para el momento de los hechos), en donde afirmó que se dio plena credibilidad a lo dicho por la funcionaria de la entidad demandada y no a lo aseverado por la señora Linares fuentes.

Al respecto, la Subsección encuentra que lo afirmado por la señora Herrera Molina frente al comportamiento desplegado por la adjudicataria, merece credibilidad por cuanto al ser analizado con los demás medios probatorios obrantes en el expediente, es dable concluir que fue el comportamiento irregular de la señora Vejarano Restrepo, el que no permitió la suscripción del contrato que le había sido adjudicado, ya que como quedó dicho en párrafos anteriores, la actora pretendía suscribir el contrato presionando la aceptación de otra marca de equipos de los evaluados técnicamente por el Hospital de Suba y por lo tanto, de esta forma cambiar las condiciones iniciales contenidas en su oferta, quebrantando así con los principios de selección objetiva, transparencia, planeación y buena fé contactual.

En conclusión, el Laboratorio Clínico y Farmacéutico Claudia Vejarano Restrepo no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, pues la falsa motivación y la vulneración de normas constitucionales y comerciales aducida tanto en la demanda como en el escrito de apelación no logró probarse, razón por la cual habrá que confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

Finalmente, la Sala reconocerá personería jurídicaa la Dra. RUTH MARCELA PÉREZ MELO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.553.410 de Bogotá y tarjeta profesional No. 64473 del C.S. de la J, como apoderada del Hospital de Suba II Nivel E.S.E., conforme al poder allegado al proceso[[71]](#footnote-71).

**11)**  **Costas**

El Despacho es competente para fijar las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en los artículos 171 del C.C.A y al numeral 2° del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

Ese mismo artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, establece que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, el cual fue modificado por el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, estableció las tarifas y los factores que debían tenerse en cuenta al momento de fijar las agencias en derecho, tales como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión, la idoneidad de la actuación, la capacidad económica del interesado, la importancia de la gestión encomendada, entre otros (art. 3).

En los procesos tramitados en segunda instancia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo Superior de la Judicatura fijó la tarifa de la siguiente manera:

*“3.1.3. Segunda instancia. (…).*

*Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.*

Ahora bien, los anteriores no son los únicos parámetros a los cuales se debe sujetar el Juez para la imposición de las agencias en derecho, dado que estos sólo atañen a valoraciones precisas de la actuación adelantada por las partes en el proceso, pues, no debe perderse de vista que en cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad[[72]](#footnote-72); y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición:

*“la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.*

*Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe.”[[73]](#footnote-73)*

Todo lo anterior lleva al Despacho a proponer un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Idoneidad** | **Necesidad** | **Proporcionalidad en estricto sentido** |
| **Exigencias fácticas** | Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia. Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.  | El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: 1. Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.
2. Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.
3. Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.
 | El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. 1. Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.
2. Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.
3. Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.
 |

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

En este orden de ideas, este Despacho pone de presente que siendo la promoción al acceso a la administración de justicia uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el fortalecimiento del Estado de derecho[[74]](#footnote-74), en tanto supone quela resolución de conflictos se discutirán por la vía de los cauces oficiales, además del afianzamiento del ordenamiento jurídico y el poder judicial como criterio decisorio y autoridad competente para desatar tales controversias[[75]](#footnote-75); es deber de las autoridades judiciales dosificar con suma prudencia las medidas sancionatorias que se apliquen a las partes, pues, aunque de cierta manera constituyen un medio pertinente para corregir conductas consideradas por el legislador como atentatorias de la recta y adecuada administración de justicia, no puede el Juez, so pretexto de su aplicación, desincentivar el acceso a la justicia.

Ahora, atendiendo alos 3 criterios referidos y ala naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la accionante a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por cuanto se evidenció la inexistencia del daño alegado; y por el contrario, lo que se observó es que la accionante lo que pretende es que se le reconozca una suma dineraria por causa de su propia conducta negligente y omisiva, al no suscribir el contrato que le había sido asignado, por no contar con los equipos ofertados al Hospital de Suba.

De esta manera, se evidencia claramente que la actuación de la impugnante resulta temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 3% del monto de las pretensiones de la demanda las cuales se establecieron en los siguientes términos, $408.814.892,33 por concepto de perjuicios patrimoniales (daño emergente – lucro cesante).

Entonces, el 3% del valor total de las pretensiones ($408.814.892,33) equivale a $12.264.446,73.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C el 29 de octubre de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO**: **CONDENAR** en agencias en derecho a la parte vencida y por consiguiente al pago de la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS ($12.264.446,73), conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

**TERCERO: RECONOCER** personería jurídicaa la Dra. RUTH MARCELA PÉREZ MELO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.553.410 de Bogotá y tarjeta profesional No. 64473 del C.S. de la J, como apoderada del Hospital de Suba II Nivel E.S.E.

**CUARTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

1. Fls.8 a 36 del C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl.39 C.1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls.62 a 64 del C. 3 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fl.65 C.3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl.68 C.3 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls.80 a 83 C.3 [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls.78 a 90 C.1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls.96 a 99 C.1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls.101 a 103 C.1 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls.105 y 106 C.1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fl.260 C. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.274 a 299 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls.301 a 311 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007. la decisión de considerar la salud como un derecho fundamental se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de “dignidad humana”, elemento fundante del Estado Social de Derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición [↑](#footnote-ref-14)
15. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12 estipula: “1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuraran las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

De otra parte, el numeral 3 de la Observación General No. 14 de 2000 - “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”, de esta manera el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Asimismo, estableció que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, de “a) Disponibilidad. b) Accesibilidad. i) No discriminación. ii) accesibilidad física. iii) Accesibilidad económica. iv) Acceso a la información. c) Aceptabilidad. d) Calidad. (numeral 12). [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 prevé que *“toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación y de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”* [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional, sentencia T-214 de 2013. “Sumado a que la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir “*todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*” [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. [↑](#footnote-ref-18)
19. Reiteración de la sentencia del 18 de marzo de 2015. Exp: 31.618 y de la sentencia del 1 de abril de 2016, Exp: 41.217. [↑](#footnote-ref-19)
20. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, p.751. “[…] Si, como sucede a menudo, la celebración del contrato está precedida de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consultas entre las partes […] es natural que en dicha fase, a cuya disciplina dedica el código civil dos normas fundamentales (los arts. 1337, 1338), se pueden presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe”. [↑](#footnote-ref-20)
21. TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, Nº 1, 2010, p.189. “[…] Lo que denominamos *culpa in contrahendo*, en un sentido amplio, cubre diferentes situaciones como la nulidad del contrato por dolo o fraude empleado por una de las partes contra otra, la falsa representación, los daños personales o pérdidas económicas ocasionadas en la fase de negociaciones preliminares (ruptura injustificada de negociaciones, deberes de información e información confidencial revelada). Actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más en el ámbito de esta última, es decir, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual, sobre los cuales se centra también esta contribución, con especial atención al fundamento de la *culpa in contrahendo*, a lo largo de los tratos preliminares”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001310303620040003701. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1ª ed, 1ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp.418 y 419. [↑](#footnote-ref-21)
22. TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.189 y 190. “[…] La expresión *culpa in contrahendo* fue forjada por Jhering en 1861 con el fin de referirse con ella a la responsabilidad en el periodo precontractual [VON JHERING, Rudolp, WCulpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion genlagten Verträgen”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen un deutschen Privatrechts*, Nº 4, pp.1.113]. La teoría de Jhering fue el resultado de la aplicación del método de la conocida jurisprudencia de conceptos sobre la base de fuentes romanas relacionadas con la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Según las fuentes romanas, el comprador de buena fe tiene una acción contractual para obtener el *id quod interest*. Puede decirse que esto es así al menos en la etapa del derecho romano clásico”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, abril de 2010, p.4. “[…] Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*)”. GALLO, Paolo, *Trattato del contratto, La Formazione*, T.I, Wolters Kluwer, Torino, 2010, pp.255 y 258. “dell’intera questione si appropriò Jhering, il quale formulò la teoría in base alla quale se l’invalidità del contratto è dovuta a colpa di uno dei due contraenti, questi è tenuto a risarcire i danni subiti dalla contraparte per aver fatto affidamento nella validità del contratto nei limiti dell’interesse negativo. Jhering, per aggirare le strettoie costituite dal sistema tedesco di responsabilità civile, ancora saldamente ancorato al sistema delittuale romano delle origini, aveva rincondotto la *culpa in contrahendo* nell’alveo della responsabilità contrattuale; conseguente per l’appunto alla violazione dei doveri di corretezza fondati sulla buona fede che si pongono nelle trattative”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, 1996, pp.271 y 272. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de mayo de 1970; de 28 de junio de 1989; de 27 de junio de 1990; de 12 de agosto de 2002. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolp von Jhering. Aproximación doctrinal”, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 22, enero-junio, 2012, pp.279 y 280. “[…] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ciertamente encaminada por las sendas trazadas por los litigantes, ha sostenido en cambio un carácter extracontractual de la mencionada responsabilidad precontractual (entrelazada en sus considerandos con matices como el del abuso del derecho y el deber de actuación conforme a la buena fe)” [↑](#footnote-ref-23)
24. TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, Nº 1, 2010, p.188. [↑](#footnote-ref-24)
25. TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.195 “[…] La buena fe, como una regla ínsita en todos los sistemas legales de tipo continental o de raíz latina ha sido incluida en el borrador como un principio general. Algo que es especialmente destacable y ha sido también subrayado por la doctrina europea”. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.752. “[…] Esto implica que están obligadas a observar reglas de conducta inspiradas en la corrección (es este uno de los casos en los que el término “buena fe” es empleado en un significado ético y objetivo, o sea como sinónimo de “lealtad”). Por tradición se habla en estos casos de *culpa in contrahendo*, con la advertencia de que la noción de *culpa* es usada en una concepción no restringida a la sola esfera de los comportamientos caracterizados por la negligencia, sino incluso comprensiva de expectativas legítimas, como para alterar la distribución normal de los riesgos y de las cargas conexas a la fase preliminar a la estipulación del contrato”. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p.140. “[…] La invocación de la buena fe como parámetro de conducta extensible a la formación del contrato, que era desconocida en los Códigos decimonónicos, se incorporó expresamente a algunos Código del siglo XX. Referencia habitual de ello, aunque no única, ha sido el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942”. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, ob., cit., pp.420 y 421. [↑](#footnote-ref-25)
26. TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.193 a 196. En el “Marco Común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual”, se defiende la aplicación, entre otros, los siguientes criterios: (1) las “partes deben actuar de buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*) respecto a la formación de un contrato”; (2) la “parte que rompe injustificadamente las negociaciones, habiendo creado una expectativa de que el contrato iba a celebrarse, debe responder. Es importante que la otra parte pudiera legítimamente esperar que el contrato fuera a perfeccionarse de acuerdo con el principio de la buena fe”; (3) la “buena fe se convierte en un elemento presente desde el primer momento y durante todo el periodo de negociaciones”; y, (4) el responsable por la frustración de la celebración del contrato se hace responsable de del daño ocasionado que debe compensar en cuanto al “interés negativo o de confianza”, que puede comprender tanto el daño emergente, como la pérdida de oportunidad. El artículo 2:301 de “Los Principios europeos del Derecho de contratos” establece: “Negociaciones contrarias a la buena fe. 1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. 3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, ob., cit., pp.5 y 8. En el art. 2.1.15 de los principios *Unidroit*, se establece: “[…] (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, las parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”. [↑](#footnote-ref-26)
27. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.140 y 144 [cita 12]. “[…] hay deberes de comportamiento en la etapa precontractual porque ello es exigencia de la buena fe […] En la tradición alemana, y como resultado de una *intrincada* elaboración doctrinal y jurisprudencial, los indiscutidos deberes precontractuales de comportamiento se han vinculado a la existencia de una relación obligatoria […] La sentencia del *Reichgericht* de 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239) aludía a una *relación jurídica preparatoria*. En la literatura fue Heinrisch STOLL (<<*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*>>, LZ 1923, pp.523 y ss.) quien sentó definitivamente (porque la idea se había apuntado a unos años antes por VON THUR) que los deberes precontractuales traían causa en una relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales”. [↑](#footnote-ref-27)
28. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.154 y 155. “[…] Un supuesto particular en este universo de casos es el de la interrupción de las negociaciones en el punto en el que (existiendo acuerdo sobre los extremos que habrían de ser el contenido del futuro contrato) se debería cumplimentar un requisito de forma *ad solemnitatem*, de ahí que se hable de negativa a otorgar la forma requerida. En la doctrina alemana, si ambas conocían o debían conocer la exigencia formal, se ha expresado un mayor recelo a establecer una obligación indemnizatoria por parte de quien rehúsa cumplimentar la forma con el argumento de que ello entraría en contradicción con la finalidad perseguida por la ley para establecer la exigencia formal, y dando por bueno que esa finalidad es la de protección contra la precipitación”. [↑](#footnote-ref-28)
29. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.753. “[…] Piénsese en la hipótesis en que los sujetos, habiéndose puesto de acuerdo ya sobre todos los elementos esenciales de un contrato de compraventa inmobiliaria, se dan cita en la notaría para el otorgamiento del acto; y supóngase, además, que una de las partes no se presenta a estipular el contrato. El acto, carente de la forma exigida por la ley, no se ha perfeccionado; pero la conducta incorrecta de la parte pudo haber inferido daño a la otra y puede comportar el surgimiento de una responsabilidad precontractual”. [↑](#footnote-ref-29)
30. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.760. “[…] La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones (por ejemplo: expensas de correspondencia y telefónicas, transferencias, pericias, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las “oportunidades favorables” eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos”. [↑](#footnote-ref-30)
31. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.761. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp: 51.376 [↑](#footnote-ref-32)
33. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Tesis doctoral, sustentada en febrero de 2010, en la Universidad Carlos III de Madrid, Pág. 262 ss. [↑](#footnote-ref-33)
34. Aunque el artículo 1603 sólo expresa que *“deberán ejecutarse”*, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión *“exenta de culpa”* vid.: M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos.* En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio.* En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. [↑](#footnote-ref-35)
36. Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. [↑](#footnote-ref-36)
37. Reiteración de la sentencia del 18 de marzo de 2015. Exp: 31.618 [↑](#footnote-ref-37)
38. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, Madrid, 1996, pp.283 y 285. “La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recae la aceptación […] La oferta de contrato es una declaración de voluntad destinada a integrarse en u contrato. De este hecho, algunos autores han deducido que es ella misma un negocio jurídico al que puede calificarse de unilateral. Se habla entonces de una <<autonomía de la oferta>>. Se trataría de un negocio que produce el efecto de atribuir al destinatario un derecho –un derecho potestativo- consistente en perfeccionar mediante la aceptación un contrato”. MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil. Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral*, Parte Segunda, V.I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pp.147 a 154.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, “La formación del contrato en la Propuesta de modernización del Código Civil”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp.204 y 205. La propuesta de contrato es un acto negocial o prenegocial destinado a su aceptación por parte del destinatario, en aras de producir la formación de un contrato, si bien no cabe sostener su configuración como negocio jurídico unilateral. Representa el último acto de una de las partes para concluir el contrato, pues, una vez dirigida a su destinatario, únicamente queda pendiente su aceptación para que nazca el negocio bilateral […] No obstante, es frecuente que la propuesta de contrato sea el primer acto de una de las partes, con el que se inaugura la fase de tratos preliminares. A pesar de ello, si el destinatario de la misma decide aceptarla, en lugar de iniciar unas negociaciones, habrá dado vida al contrato proyectado por el oferente”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15235. [↑](#footnote-ref-39)
40. Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 399 y ss. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp. 22.523. [↑](#footnote-ref-41)
42. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo.* t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004*,* p. 41. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ibídem, p. 42. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibídem, p.43. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ibídem, p. 54-55. [↑](#footnote-ref-45)
46. Fls.166 a 184 C.1 [↑](#footnote-ref-46)
47. Fls.185 a 210 C.1 [↑](#footnote-ref-47)
48. Fls.27 a 38 C.2 [↑](#footnote-ref-48)
49. Fls.39 y 40 C.2 [↑](#footnote-ref-49)
50. Fl.41 C.2 [↑](#footnote-ref-50)
51. Fls.42 y 43 C.2 [↑](#footnote-ref-51)
52. Fl.57 C.2 [↑](#footnote-ref-52)
53. Fl.133 C.1 [↑](#footnote-ref-53)
54. Fls.134 y 135 C.1 [↑](#footnote-ref-54)
55. Fls.44 a 56 C.2 [↑](#footnote-ref-55)
56. Fls.226 a 234 C.1 [↑](#footnote-ref-56)
57. Fl.146 C.1 [↑](#footnote-ref-57)
58. Fls.221 a 225 C.1 [↑](#footnote-ref-58)
59. Fl.100 C.2 [↑](#footnote-ref-59)
60. Fl.214 C.1 [↑](#footnote-ref-60)
61. Fls.215 a 218 C.1 [↑](#footnote-ref-61)
62. Fl.138 C.1 [↑](#footnote-ref-62)
63. Fls.121 y 122 C.2 [↑](#footnote-ref-63)
64. Fl.417 C.2 [↑](#footnote-ref-64)
65. Fls.110 a 116 C.2 [↑](#footnote-ref-65)
66. Fls.123 a 128 C.2 [↑](#footnote-ref-66)
67. Fls.130 a 134 C.2 [↑](#footnote-ref-67)
68. Fl.417 C.2 [↑](#footnote-ref-68)
69. Fls.116 a 154 C.2 [↑](#footnote-ref-69)
70. Fl.29 C.2 [↑](#footnote-ref-70)
71. Fl.322 C.Ppal [↑](#footnote-ref-71)
72. “3. Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) Se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, aceptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) es aceptable por la comunidad.” Pág. 193. ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. DOXA 4. 1987. Consultado en: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf> el 20 de septiembre de 2012. [↑](#footnote-ref-72)
73. Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra [↑](#footnote-ref-73)
74. Constitución Política. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. [↑](#footnote-ref-74)
75. Al respecto es valioso traer a colación una consideración esbozada por la Corte Constitucional en torno a la administración de justicia como un derecho: “El Constituyente de 1991 elevó a derecho constitucional el acceso de todas las personas a la administración de justicia (CP. art. 229), garantía que permite a los individuos contar con un instrumento esencial de convivencia armónica, en tanto otorga la oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley.” Sentencia T-1222 de 2004.

Y en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 25 establece el derecho a un recurso judicial efectivo por parte de los Estados partes; de donde ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que  *“El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley**. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”**.*

*El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales**.”* Caso Reverón vs Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009. [↑](#footnote-ref-75)