

Doctora

IVONNE LIZETH PARDO CADENA

Coordinadora Jurídica, Gerencia Jurídica

Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

Asunto: Análisis proceso contratación pública, Municipio de Patía Cauca, selección abreviada de menor cuantía No. MP-SAF-SAMC-007-2025.

Respecto a la evaluación de las consecuencias administrativas, económicas, financieras y sancionatorias, en el evento que la aseguradora decida apartarse del proceso de selección en el estado en el que se encuentra y no suscribir el correspondiente contrato estatal derivado de la adjudicación realizada por el Municipio de Patía (Cauca), así como el análisis de los aseguramientos de los bienes inmuebles, dado que los mismos al parecer sufrieron unos atentados y no se encuentran en óptimas condiciones, nos permitimos presentar las siguientes consideraciones a fin de proporcionar herramientas para que la compañía determine su forma de actuar frente al caso, y teniendo en cuenta los puntos en cuestión.

Es importante iniciar indicando que actualmente el proceso se encuentra en una etapa precontractual, toda vez que, según la información y documentación compartida, el contrato no ha sido suscrito. Se deja la salvedad que esta situación no ha podido ser corroborada en el sistema SECOP II, por encontrarse esta herramienta en mantenimiento al momento del presente concepto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no existe el documento firmado y por tanto, aprobado por las partes, podemos aseverar -como se dijo- que nos ubicamos en la etapa precontractual, pues los contratos de entidades sometidas al estatuto general de contratación, como lo es el Municipio del Patía (Cauca), son solemnes, por lo que deben constar por escrito para que sus obligaciones cobren efecto, y como en el caso de marras no existe el acuerdo como tal, o no al menos como lo exige el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 o como lo ha planteado el Consejo de Estado en sentencia del 15 agosto 2017, expediente 2.346, en cuya decisión dijo que, mientras no se firme, no existe *per se* el contrato.

En este escenario y para determinar las consecuencias de no suscribir el contrato estatal, se debe acudir a lo establecido en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual, en su tenor literal, reza:

DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

La norma en cita plantea entonces dos escenarios de sanción:

1. En primera medida el valor del depósito de la garantía constituida frente a la seriedad de la oferta, la cual en el caso que nos ocupa, corresponde, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones, al diez por ciento (10%) del monto del presupuesto oficial estimado, el cual asciende a ochenta y tres millones ciento veintiún mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos (\$83.121.844)

moneda legal colombiana, lo que significa que la entidad territorial está en la facultad de reclamar en favor suyo, un total de **ocho millones trescientos doce mil ciento ochenta y cuatro pesos con cuatro centavos (\$8.312.184,4) moneda legal colombiana**. Este último valor correspondería al total de la sanción económica a la que podría verse expuesta la compañía en caso de optar por no suscribir el contrato que le sea adjudicado.

2. En segunda medida se hace referencia a perjuicios causados pero que no han sido cubiertos por la suma expuesta en el numeral anterior, ello implica que mediante un proceso judicial, el municipio del Patía (Cauca) deberá demostrar la existencia de afectaciones económicas adicionales y/o excepcionales a las que se vio expuesta por la negativa de la aseguradora de suscribir el contrato, lo cual, para un caso como el que nos ocupa, no se advierte como tangible, toda vez que se trata de un proceso de menor cuantía en el que no se debieron realizar estudios complejos o gastos administrativos considerables, que excedan el valor de la suma estimada para cobro mediante la garantía de seriedad de la oferta, por lo que en este contexto, es posible considerar que no existiría argumentos para que haya lugar a una suma adicional como sanción económica.

Ahora bien, concordante con la norma en cita, se encuentra lo contenido en el literal "e" del numeral 1 del artículo 8 ibidem, que contempla a su vez una causal de inhabilidad para "*Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado*". Por tanto, la denegación del proponente de celebrar el contrato una vez este ha sido adjudicado, acarrearía una consecuencia adicional, ya desde el punto de vista sancionatorio, porque el proponente se constituiría en inhábil para poder contratar con el Estado, lo cual implicaría una afectación considerable para los intereses económicos de la compañía, quien es habitual proponente en procesos de similares características con diferentes autoridades estatales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la norma hace especial relación a que el contratista decida optar por la no suscripción del contrato, sin que para ello medie una justa causa, en este caso podemos advertir que la determinación de la compañía aseguradora frente al caso, radica en el alto riesgo que implica las condiciones de orden público en las cuales se encuentra el municipio contratante, así como las condiciones físicas de los bienes que se esperan sean objeto de aseguramiento, situaciones estas que han desmejorado notablemente y de manera sobreviniente, tras la presentación de la oferta, lo que *a priori* hace entender que existe -o al menos se puede estructurar- una justa causa, útil para modificar las condiciones del proceso de selección; situaciones sobre las cuales ha planteado observaciones la compañía, pero que no fueron aceptadas en su totalidad por la entidad contratante.

Estas situaciones -que en principio resultan sobrevinientes- y que afectan a una de las partes del proceso de selección, debieron haber sido previstas de manera anticipada por el ente territorial en el escenario de los estudios previos, y dicha previsión debió llevar a una decisión diferente frente a las observaciones planteadas por la aseguradora con relación al pliego de condiciones, motivo por el cual, las características que modifican el riesgo del proceso, y por tanto, las condiciones que puede ofrecer el proponente, resultan adjudicables a la entidad emisora del pliego, documento en el cual salta a la vista que no se hizo un trabajo de claridad sobre el tema, véase:

"D. ANÁLISIS DE RIESGOS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, durante la etapa de publicación de los pre-pliegos, los interesados se pronunciarán sobre la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles realizada por la Entidad, con el fin de ser revisados y establecer su distribución definitiva en el pliego de condiciones definitivo.

La tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles se encuentra en el anexo respectivo del Pliego".

En este sentido debe decirse que el contenido en cita, pertenece al pliego de condiciones definitivo, y que este debe comportar una delimitación puntual y exacta de todos los elementos que rodearán el proceso de selección, por lo que dirigir sus condiciones a otros documentos u omitir información, implica que ello no fue considerado, y por tanto, que no tiene fuerza vinculante frente al proponente, motivo por el cual se puede considerar que, en este caso, la entidad territorial no fue suficientemente clara respecto de los riesgos que rodeaban el proceso, y sobre todo los que podrían resultar sobrevinientes, dada la situación de orden público que existe en la zona, lo cual, en contraste se podría considerar, con fundamento en las omisiones descritas, que existen justas causas para la negativa de la compañía de seguros de suscribir el contrato, lo que a su vez se traduce en la posibilidad de evitar así, una sanción de tan alto impacto como la de la inhabilidad para contratar.

Frente a las calidades de los pliegos de condiciones ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente 10399, que:

Así las cosas, en este punto concluimos que lo más importante es que las entidades públicas elaboren los estudios y pliegos de condiciones de una forma clara, precisa, no ambigua ni vaga, para que el proponente ajuste su propuesta a las exigencias establecidas en estos documentos.

A tono con lo anterior, lo que se evidencia de los documentos que componen el proceso de selección, es que existen situaciones que permiten concluir que el ente territorial no realizó el esfuerzo suficiente a fin de determinar los riesgos que podrían presentarse y que podrían afectar las ofertas a recibir, de tal modo que no le sería viable -al menos en principio- demostrar una conducta sin justa causa frente a la decisión de la aseguradora de no suscribir el contrato, situación en la cual, no habría cabida a la sanción de inhabilidad contemplada en la norma arriba citada.

Al respecto de debe ahondar indicando que no existe propiamente un procedimiento para determinar la inhabilidad pues esta opera por ministerio de la ley al haberse consignado así en el literal “e” del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que a su tenor literal dice:

DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

En este contexto ha dicho el Consejo de Estado¹ que unas inhabilidades requieren de la existencia de acto administrativo para su configuración, mientras que otras se concretan con la ocurrencia del hecho bien sea por la participación en la licitación o por la celebración del contrato, es decir, no requieren ser declaradas mediante acto.

Así lo menciona la norma ibidem cuando dice:

*Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; **las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2260. Fecha: 10 de agosto de 2019.

En este contexto tenemos que el simple hecho de no suscribir el contrato generaría para la aseguradora, recaer en la inhabilidad para contratar por el término de cinco (05) años, tal como lo menciona la norma. Así lo confirma el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa en Sentencia de radicación No. 28752 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el trece (13) de marzo de 2015, con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, y que manifiesta al respecto:

*Considera la Sala que las pruebas relacionadas son suficientes para tener por acreditado que la Sociedad Arias Serna y Saravía S.A., se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal e) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, toda vez que, además de que así fue certificado por el DAMA, **se tiene probado en este proceso que el contrato con esa entidad estatal no se firmó y, además,** según se desprende de las Resoluciones 1889 de 1999 y 0872 de 2000, que, a juicio de dicho Departamento Administrativo, **no medió justa causa para ello, toda vez que las razones que expuso la sociedad para justificar el incumplimiento en el que incurrió y que llevaron a la no suscripción del contrato, no fueron de recibo por parte de la entidad licitante, que era a quien correspondía calificar si había mediado, o no, una causa justificativa en la mencionada conducta.***
(Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Así entonces, debe tener en cuenta que, aunque en el caso se puede aludir ante la entidad la existencia de una justa causa por la existencia de hechos sobrevinientes que afectan las condiciones en que se presentó la oferta, lo cierto es que quién tiene la capacidad de determinar si dichas causas son justas o no, será la entidad promotora del proceso, es decir, el Municipio de Patía Cauca; y dado que nos encontramos ante una inhabilidad que opera *ipso iuris*, ya que la inhabilidad no es una sanción sino una consecuencia del incumplimiento, seguramente no habrá acto sobre el cual pronunciarse o sobre el cual presentar medio de control, lo que se debe entender funciona de tal manera, con fundamento en los principios que rigen la contratación estatal.

Todo lo anteriormente mencionado tiene sustento en el concepto del Consejo de Estado de Radicación No. 1172-99 del tres (3) de marzo de 1999, el cual hace precisiones al respecto y que ha servido como base para dirimir conflictos relacionados al aspecto puntual. En tal sentido dice el alto tribunal:

*Adicionalmente, la ley 80 de 1993 estableció un régimen severo de inhabilidades e incompatibilidades, con la finalidad de garantizar rectitud, igualdad y claridad en los contratos estatales y en su tramitación previa. Una de dichas inhabilidades es la del adjudicatario que no suscribe el contrato, la cual se encuentra establecida en el literal e) del numeral 1o. del artículo 8o. de la ley, que preceptúa lo siguiente: "De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. - 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado". **Como se advierte, esta norma se refiere a una inhabilidad, no a una incompatibilidad, lo cual significa que constituye un impedimento hacia el futuro,** una imposibilidad legal, para que la persona natural o jurídica se presente a una licitación pública o contrate con una entidad estatal. **La inhabilidad se extiende por un término de cinco años, contado desde la fecha de expiración del plazo para la firma del contrato, de conformidad con el último inciso del aludido numeral.** Pero es conveniente notar que la inhabilidad surge si la persona no se ha presentado a firmar el contrato o se ha negado a hacerlo "sin justa causa", ya que es evidente que si tiene un motivo válido que justifique su abstención, mal podría darle la ley esa consecuencia a su conducta. **La inhabilidad no es una sanción, es una consecuencia del hecho del incumplimiento.** Si las inhabilidades fueran sanciones, habría que concluir que la Constitución Política impone dicha sanción a los ciudadanos que se encuentren en alguna de las circunstancias que les impide ser congresistas (Art. 179), y a los servidores públicos al prohibirles celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos (art. 127), y también que la ley impone tal sanción a los mismos servidores públicos y a quienes se encuentren en una circunstancia erigida como causal de inhabilidad. Lo que la administración declara, en el caso que nos ocupa, es el hecho del incumplimiento, cuando vencido el plazo señalado en los pliegos de licitación o términos de referencia se produzca por*

parte del (o los) adjudicatario (s) la abstención de suscribir el contrato adjudicado, sin justa causa. Tal hecho es el que está erigido en causal de inhabilidad. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Finalmente menciona el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo que los procedimientos que sigan deberán surtirse con ajuste a las normas procesales administrativas, aclarando que se hace referencia con esto, al trámite que le dé la entidad territorial, a las justas causas que presente la compañía de seguros, en caso de que así lo considere prudente.

*Respecto del procedimiento, a falta de uno especial, se debe acudir al ordinario establecido para las actuaciones administrativas en el Código Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, el cual dispone: "En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. Parágrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo. Parágrafo 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina". Las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función pública, aplicables al caso consultado, son primordialmente las contenidas en los artículos 14, 28, 29, 30, 34, 35 del Código Contencioso Administrativo. **Finalmente, en lo referente a los criterios para determinar la existencia o no de la justa causa, éstos se deben fundamentar en la apreciación de las pruebas que presenten las personas interesadas al interponer los recursos de la vía gubernativa y su análisis frente a las causales legales eximentes de responsabilidad.*** (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que, para el momento puntual del proceso analizado, ya no es viable, ni la subsanabilidad de la oferta, por encontrarse fuera de los términos planteados para ello en los pliegos de condiciones, al haberse adjudicado el contrato, ni el retiro de esta, puesto que esta es una actuación que no está contemplada por la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, ello se puede entender cuando este dice:

*La oferta es una expresión de negocio jurídico unilateral, **cuyo carácter recepticio le imprime un carácter obligatorio, queriendo significar con lo anterior que quien oferta deviene obligado a mantener su promesa de negocio futuro.** Así las cosas, es indispensable reparar en que del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria, para el proponente, de que, en llegando a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial de la oferta, que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo. Así las cosas, cuando los oferentes dentro del proceso de licitación pública, v. gr., ofertan y prometen un determinado contenido negocial - disponibilidad de equipo- quedan obligados, caso de ser adjudicatarios, a cumplir, llegado el plazo o verificada la condición a la cual esté sujeta tal prestación, con lo prometido, como que en tal eventualidad dicha prestación adquiere carácter de exigibilidad.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Por lo anterior tenemos que las opciones con que cuenta la compañía de seguros, es acudir directamente a la entidad contratante, a fin de solicitar en primera medida que se revise la ecuación contractual con el fin de mantener el equilibrio del negocio jurídico, lo cual se puede sustentar desde la perspectiva del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que refiere lo siguiente:

DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos **al momento de proponer** o de contratar, según el caso. **Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.***

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate. (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Para lo anterior se deberá elaborar un informe detallado con preeminencia del aspecto económico, en donde se aclare a la entidad territorial, el por qué mantener los amparos ofertados, afectaría económicamente a la compañía aseguradora, lo cual debería llevar a que se modifiquen las condiciones del contrato a suscribirse.

De otro lado, en el mismo escenario de acudir directamente ante la entidad, existe la posibilidad de solicitar la revocatoria del acto de adjudicación, previo a que se firme el contrato, situación para la cual se debe tener en cuenta que, si bien la norma particular (artículo 9 de la Ley 1150 de 2007) indica que el acto de adjudicación es irrevocable, lo cierto es que el H. Consejo de Estado ha dado alcance a la precitada norma manifestando lo siguiente:

*“La Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, **sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato**”.* (Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Para este aspecto se puede aludir a que parte de los objetos de aseguramiento, es decir, los bienes inmuebles del municipio, han sido objeto de atentados terroristas que han ocasionado, de manera sobreviniente como lo menciona la norma, que sea imposible determinar actualmente su valor y su cuantía, es decir, nos encontraríamos en una situación en la que los supuesto de hecho que generaron las condiciones expuestas en los pliegos han variado a causa de un caso fortuito, y ello hace que las mismas no puedan ser aplicadas sin afectar al proponente, por lo que estaríamos ante uno de los escenarios por los cuales la entidad podría revocar el acto de adjudicación, y siendo que no hay otros adjudicatarios que pudieran cuestionar tal decisión, ello permitiría que se adelante un nuevo proceso de selección, con nuevos pliegos que permitan representar de forma correcta la realidad de la entidad, y particularmente de los bienes que se aspira asegurar, sin embargo, para ello se debe tener en cuenta que son decisiones que dependen exclusivamente de la entidad estatal, más no del proponente, por lo que su mérito de prosperidad es bajo.

Dicho lo anterior, se debe tener en cuenta que existen alternativas que pueden ser utilizadas por la entidad con el fin de -sanear- las situaciones que se presentan en el proceso analizado. En primera medida debe decirse que en criterio del suscrito, es viable presentar una demanda de nulidad frente al pliego de condiciones, toda vez que el mismo compone un acto administrativo de carácter general y puntualmente en el caso bajo examen, por haberse omitido uno de los elementos que le debe componer, como es el relacionado a riesgos, mitigación de riesgos y asignación de riesgos, situación sobre la cual se considera que la entidad que expidió el documento, no realizó la correspondiente actividad previa, tendiente a definir las situaciones de orden público que podrían influir en la modificaciones de las condiciones de los bienes objeto de seguro o de los amparos requeridos como tal.

Frente a esta concepción, se comparte el concepto del Dr. Edgar Gonzales López, quien manifiesta:

El Consejo de Estado ha mantenido su postura sobre el carácter de acto administrativo general de los

² Consejo de Estado, Sentencia de expediente No. 2346, 15 de agosto de 2017, C.P. Álvaro Namén Vargas

pliegos de condiciones, teniendo en cuenta que se trata de una manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa que crea situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas³.

En ese contexto, al ser un acto administrativo, y por demás ser considerado como de carácter definitivo, sería susceptible el mismo de cuestionarse mediante el medio de control de nulidad simple con fundamento en la falsa motivación, tal como se dijo antes, así lo corrobora el Consejo de Estado en sentencia Expediente No. 57875. Del 09 de abril de 2021, cuando dice:

Desde esa perspectiva, en materia de actos previos al contrato estatal se identifican como actos de carácter definitivo y por lo tanto, susceptibles de control jurisdiccional: el de adjudicación del contrato — párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993—, el que declara desierta la licitación pública, el que hace efectiva la póliza constituida para garantizar la seriedad de la oferta —numeral 12 del artículo 30 ejusdem—, el que adopta el pliego de condiciones, entre otros. Estos actos comparten la característica de ser definitivos porque contienen un pronunciamiento que decide directa o indirectamente la selección del contratista (...)

Finalmente se debe mencionar que como en el *sub examine* ya se profirió el acto de adjudicación, resultaría redundante cuestionar el pliego de condiciones, pues en el escenario en el que se encuentra el caso, igualmente puede ser discutido en el estadio judicial el último acto definitivo, que es el de adjudicación, lo cual se puede llevar igualmente a cabo mediante la acción de nulidad simple, si se usa el mismo argumento mencionado antes, que es que dicho acto -de adjudicación- se vio sustentado en un proceso que tuvo insuficiencia desde el pliego de condiciones, en el que se desconocen acontecimientos que afectan de manera flagrante al proponente, y que no fueron atendidos y/o subsanados a pesar de las observaciones realizadas, lo cual implicaría una falsa motivación. En este sentido dice el Consejo de Estado:

Más recientemente la Sala al estudiar una acción de nulidad interpuesta contra unas resoluciones que ordenaban la suspensión del plazo de una licitación y la prórroga en dos ocasiones de la misma, consideró que la acción de nulidad simple respecto de actos de naturaleza precontractual debe leerse de manera concordante con las reglas generales sobre esta acción, contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. A partir de ello encontró que: (i) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual siempre que esta sea definitivo o impida continuar con el proceso de selección; (ii) a través del ejercicio de la acción de nulidad simple; (iii) siempre que se trate de actos administrativos; (iv) que infrinjan normas superiores, o que sean expedidos de manera irregular, o por organismos o funcionarios incompetentes, o con violación al debido proceso, con falsa motivación, o con desviación de poder; y (v) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Este último pronunciamiento da a entender que el acto de adjudicación es pasible de ser enjuiciado en sede del contencioso objetivo de anulación⁴.

A manera de conclusión, se puede indicar que la aseguradora podría optar por negarse a suscribir el contrato, de forma tal que se haría acreedora de la sanción económica consistente en que se ejecute la garantía de seriedad de la oferta, que como se dijo anteriormente, para este caso es del 10% del monto del presupuesto oficial estimado, aunque ello supondría una eventual inhabilidad para contratar con el Estado, conforme a lo preceptuado en el literal “e” del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y también un posible pago de perjuicios ocasionados a la entidad territorial, los cuales deberán demostrar judicialmente. En el evento anterior la compañía de seguros está en la facultad de acercarse a la entidad territorial los motivos por los cuales considera que existe una justa causa para no suscribir el contrato, sin embargo, dependerá de esta última si acepta o no los argumentos que se le expongan, situación en la cual, operará por ministerio de la ley la inhabilidad para contratar, por el periodo de 5 años que se expuso en apartados anteriores.

³ El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal, Pág. 79

⁴ Consejo de Estado, Sentencia Expediente No. 19936, trece (13) de junio de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Aparte de lo anterior, tiene la entidad la posibilidad de demandar el acto de apertura mediante la acción de nulidad simple, sin embargo, para ello deberá tener en cuenta que se debe argumentar de manera precisa los motivos por los cuales, la suscripción del contrato, en el escenario en que se encuentra el municipio y sus bienes, resultaría afectando los intereses de la aseguradora, para lo cual, igualmente se hace necesario, y recomendable, acudir en primera instancia al ente territorial para exponer los motivos por los cuales se considera que se presentan justas causas para no suscribir el contrato, y si la respuesta es negativa, atacar por los medios referidos, el acto de adjudicación, para lo cual se debe tener en cuenta que se contarán con 30 días hábiles contados a partir de la notificación del acto de adjudicación.

En consonancia con lo anterior, ponemos a su consideración nuestro criterio sobre la consulta formulada y quedamos atentos a sus comentarios sobre cualquier duda o inquietud que surja sobre el particular.

Cordialmente:



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

C.C No. 19.395.114 de Bogotá D.C

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.