

LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO SOBRE EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO*

Sumario:

Introducción. 1. El principio de libertad de la forma y la contratación estatal. 2. El contrato estatal como contrato solemne. 3. Incidencia de la LOP sobre el carácter solemne del contrato estatal: ¿cuándo se perfecciona el vínculo contractual? 4. La prohibición de enriquecimiento sin justa causa. 5. Implicaciones procesales de la inexistencia del contrato estatal. 6. Alcance de la responsabilidad de la Administración. 7. Conclusiones.

Introducción

Dentro del controvertido mundo de la contratación estatal, uno de los problemas que mayor debate suscitan, pero frente a los cuales, paradójicamente, menor claridad existe, es el relacionado con el perfeccionamiento del contrato estatal. La vigencia de un Estatuto de Contratación Estatal (en adelante ECE) que disciplina la materia en un sentido y de una Ley Orgánica del Presupuesto (en adelante LOP) posterior que lo regula en otro ha dado lugar a una encendida polémica frente a la cual la jurisprudencia, si bien se ha decantado mayoritariamente por una posición, no ha sentado una línea unívoca e inequívoca que

permita disipar las dudas que esta aparente antinomia comporta, con la consecuente afectación de la seguridad jurídica que de ello resulta¹.

En este orden de ideas, el presente escrito tiene por objeto analizar la controversia que de ello se desprende, para lo cual se examinarán las formas condicionantes del perfeccionamiento de los contratos estatales establecidas por el legislador, tanto en el ECE como en la LOP, su régimen y sus implicaciones procesales y sustanciales en materia de la responsabilidad que en los eventos de que no se perfeccione el contrato

* Docente-investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

1. Por este motivo resultaría ideal que en estos momentos, en los cuales se encuentra en curso una reforma a la normatividad presupuestal vigente, se abordara esta cuestión y se resolviera, por la vía legislativa, la problemática hasta ahora existente.

asume la Administración. Así las cosas, las líneas que siguen a continuación pretenden mostrar una panorámica general de la cuestión y presentar algunas consideraciones al respecto, apoyadas en el tratamiento que jurisprudencial y doctrinalmente se ha dado a esta problemática, para culminar formulando algunas conclusiones.

1. El principio de libertad de la forma y la contratación estatal

Tradicionalmente resulta ineludible relacionar los negocios jurídicos, y en especial los contratos, con el principio de autonomía de la voluntad. La noción misma de negocio jurídico como acto de autorregulación de los intereses privados², a ello nos conduce. De ahí que resulte obligada la referencia a la posibilidad a todos conferida por el ordenamiento de orientar su propia conducta, disponer autónomamente de sus propios intereses, siendo respetuosos, claro está, de las limitaciones impuestas por el orden público, las buenas costumbres y la normatividad positiva vigente en el sistema dentro del

cual tiene lugar el acto dispositivo, límites seculares a la autonomía de la voluntad.

Se trata de un principio vertebral dentro de la disciplina del derecho privado, que gobierna de manera muy especial el régimen de los contratos. Y es natural que así ocurra dentro de una sociedad construida a partir de una concepción racional del individuo, que ha hecho de la dignidad y la libertad humanas sus bases fundamentales, y que además reconoce y garantiza derechos como la propiedad privada y la libertad económica (arts. 58 y 333 de la C. P.).

Trasunto de este principio es la libertad de la forma de los negocios jurídicos, en virtud de la cual toda conducta (declaración verbal o escrita, comportamiento o ausencia de él –omisión–, silencio, etc.) reconocida en la práctica como disposición de intereses será apta para la celebración de negocios, a menos que la ley de manera expresa haya sometido la existencia del acto a un determinado ritual³.

Muchas pueden ser las razones que lleven al Legislador a tomar la decisión de imponer una forma especial o unas solemnidades determinadas⁴ como requisitos de existencia

2. En este sentido, consúltese RENATO SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 18 y ss.

3. FERNANDO HINESTROSA. *Derecho Civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1968, p. 204.

4. Introducimos acá la sutil distinción entre forma y formalidad (solemnidad) del contrato, sugerida por un sector de la doctrina, a partir del siguiente supuesto: la forma hace relación al molde continente de la voluntad de las partes, que puede ser, según el caso, libremente determinado o legalmente impuesto; en tanto que las formalidades serán aquellos requisitos que adicionalmente tendrán que llenar las partes, siempre, para cumplir con un requisito legal o convencionalmente exigido. En otras palabras, conforme a esta doctrina, es la forma el elemento recipiente, calificado o no, en el cual las partes han de verter su declaración negocial para que ésta pueda surtir los efectos deseados; al paso que las formalidades serán aquellos trámites adicionales que las partes deberán satisfacer para dotar de eficacia plena su acto dispositivo de intereses contenido en el molde legal o convencionalmente pedido. Como puede verse, la frontera que separa estos dos conceptos resulta bastante tenue, por lo que guardamos ciertas reservas en torno a la conveniencia de esta separación conceptual que, sin producir efectos prácticos plausibles que ameriten su distinción –en tanto que la omisión de una u otra traerá consigo la misma sanción jurídica: inexistencia del negocio–, puede sí llevar a confusiones y prestarse para malos entendidos. En

de ciertos negocios jurídicos: particular celo frente a algún tipo de negocios (*v.gr.* asuntos de familia), la trascendental función socio-económica por ellos desempeñada dentro del sistema (*v.gr.* compraventa de inmuebles, el contrato de sociedad) o incluso, aunque parezca extraño en este contexto marcadamente individualista, propio de la autonomía de la voluntad que lo gobierna, su singular relevancia para el interés general (*v.gr.* el contrato estatal). En últimas, en un esfuerzo de síntesis y simplificación, podríamos englobar los diferentes argumentos en uno solo: seguridad jurídica. Siempre que el Legislador estime conveniente revestir de un manto protector más estricto las condiciones de celebración de un determinado tipo de negocio, bien por su trascendencia, bien por sus consecuencias e implicaciones, impondrá una fórmula especial para su celebración. La consecuencia directa: la exclusión expresa de la libertad en la forma, principio de ordinario reconocido en materia de disposición de intereses.

Es lo que ocurre en materia de contratación estatal, donde por razones de seguridad y certeza no opera el principio de libertad en la forma, en atención a que se trata de la disciplina normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas⁵; que, tal como lo prescribe el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses

de los administrados que colaboran con la Administración en la consecución de tales fines. Resulta entonces apenas comprensible que con una carga teleológica tan acentuada y en consideración a los altos intereses que se hallan de por medio en la actividad contractual de la Administración, para disipar toda duda sobre su celebración y contenido y garantizar su publicidad, haya establecido el legislador ciertas reglas tendientes a restringir en buena medida su aptitud negocial en aras de una mayor seguridad de los actos que en ejercicio de tal competencia realizan los entes públicos.

De ahí que en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al referirse a la forma de los contratos estatales, haya optado el legislador por establecer como obligatoria la forma escrita para este tipo de contratos; regla que únicamente tendrá excepción en dos casos expresamente contemplados en el ECE: los contratos sin formalidades plenas y los que se celebren bajo circunstancias de urgencia manifiesta. En los primeros, la convención celebrada ha de tener un valor equivalente a alguna de las tarifas previstas en la ley en función de los presupuestos anuales de las entidades. En esta excepcional situación, el acuerdo entre las partes no deberá constar por escrito, siendo requisitos suficientes para su perfeccionamiento la remisión por parte del ordenador del gasto de una comunicación escrita al contratista seleccionado en el que se especifiquen claramente las obras, los trabajos, bienes o servicios ob-

últimas, acorde al derecho positivo vigente, tanto la una como las otras son solemnidades *ad substantiam actus*, de obligatoria observancia si se quiere que el negocio surta los efectos deseados. Sobre esta distinción ver JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 236. Cfr. también RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis, 1999, p. 219.

5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de enero 29 de 1998, Exp. 11099.

jeto del contrato; la contraprestación y los demás elementos necesarios para proceder a efectuar el registro presupuestal, cuando quiera que a ello haya lugar. A lo anterior habrá que añadir la manifestación por parte del contratista en el sentido de no estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad previstas en la ley⁶, tendiente a hacer operativos los principios de economía, transparencia y responsabilidad legalmente proclamados como sustentos de esta normatividad.

En el segundo supuesto, esto es, en los contratos que se celebren bajo condiciones de urgencia manifiesta, la ley autoriza prescindir del escrito y aun del acuerdo sobre un elemento de la esencia del negocio como la remuneración del contratista. Tiene esta disposición el claro propósito de agilizar y simplificar al máximo los trámites que normalmente rigen la actividad contractual de la Administración para permitirle hacer frente adecuadamente a situaciones que pueden amenazar la continuidad del servicio; perturbar de forma grave e inminente el orden económico, ecológico y social del país, o que atenten de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; constituyan calamidad pública, fuerza mayor o desastre que demande actuaciones inmediatas y, en general, a situaciones análogas que impiden acudir a los procedimientos ordinarios de selección de contratista. Se busca entonces con este precepto remover los obstáculos que puedan entorpecer la inmediata acción (¿o reacción?) de la Administración frente a circunstancias excepcionales, que por su gravedad, inminencia y urgencia, bien ameritan excepcionar el régimen legal

comúnmente aplicable a la actividad contractual del Estado para sujetar este tipo de negocios al principio de la consensualidad, siendo entonces suficiente el simple acuerdo de las partes para que, de manera extraordinaria, el contrato administrativo se entienda perfecto.

2. El contrato estatal como contrato solemne

Tal como se mencionaba líneas arriba, conforme a los lineamientos de los artículos 39 y 41 del ECE, el contrato estatal deberá constar por escrito y no requerirá ser elevado a escritura pública salvo en aquellos eventos en que el convenio celebrado tenga por objeto la mutación del dominio o la imposición de gravámenes o servidumbres sobre un bien inmueble o que se trate de aquellos casos frente a los cuales la ley exige esta condición. Es, pues, esta última, una excepción a la regla general de su perfeccionamiento, según la cual el simple acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, acompañados de su reducción a escrito, dan lugar al perfeccionamiento del contrato estatal.

Esta última circunstancia nos lleva a plantearnos la cuestión acerca de la naturaleza consensual o solemne de este tipo de acuerdos, aspecto que resulta capital habida cuenta de los críticas consecuencias jurídicas que se desprenderán de asumir una u otra postura.

La respuesta de este cuestionamiento nos remite, necesariamente, a las disposiciones civiles, de conformidad con las cuales el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y

6. JORGE PINO RICCI. *Contratación estatal*, en "Régimen de las entidades territoriales", t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 197.

solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas se entenderá inexistente (art. 1.500 C. C.).

¿Quiere esto decir que el contrato estatal es un contrato solemne? Vista la disciplina específica de este tipo de vínculos plasmada en el ECE, no nos cabe la menor duda al respecto. Así lo han reconocido al unísono tanto la doctrina como la jurisprudencia.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, por ejemplo, sostiene que “[e]n esencia, los contratos estatales, por regla general, son contratos solemnes, lo cual a la luz del artículo 1500 Código Civil significa que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto”⁷. JORGE PINO RICCI, por su parte, lo afirma categóricamente: “Los contratos estatales son solemnes. Esto significa que para su existencia deben cumplir unas formalidades y requisitos expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico”⁸. Del mismo parecer es ESCOBAR GIL, a cuyo juicio, “el contrato estatal es esencialmente formalista, a diferencia del derecho privado donde impera la libertad de forma conforme al principio *solus consensus obligat*, en virtud del cual, con la mera aceptación de la oferta nace el

contrato a la vida jurídica”⁹. Igualmente, DÁVILA VINUEZA afirma que “[e]l contrato estatal es solemne en cuanto la manifestación de voluntad es ineficaz si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem o ad substantian actus*. Se trata, entonces, de un requisito de la existencia del contrato cuya omisión impide el nacimiento de cualquier efecto contractual (art. 1500 C.C.)”¹⁰.

En el mismo sentido se ha venido pronunciando inveteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual, apoyada en el carácter imperativo de las disposiciones de derecho público que regulan la materia¹¹, así como en lo establecido por el artículo 998 del C. Co., no ha dudado en calificar de inexistentes los negocios celebrados por la Administración sin observancia plena de las formalidades legalmente exigidas.

Así, por ejemplo, en sentencia del 30 de noviembre de 2000 (Exp. 11895), a propósito de la ejecución de unas obras por parte de un particular, previa autorización de la entidad pero con omisión de la suscripción del contrato, afirmó que “la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente”¹².

De este modo, al sancionar con el máximo

7. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 290.

8. PINO RICCI. *Contratación estatal*, cit., p. 196.

9. ESCOBAR GIL. *Teoría General*, cit., p. 219.

10. LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993, Bogotá, Legis, 2001, p. 375.

11. Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que “La normatividad relacionada con las formalidades previas y concomitantes a la contratación administrativa es de derecho estricto, esto es, de aquellas disposiciones normativas que no pueden ser alteradas, cambiadas ni sustituidas por el querer de las partes”. Cfr. sentencia de febrero 26 de 1993, Exp. 7026.

12. En el mismo sentido, en sentencia de enero 28 de 1994 (Exp. 9072), la misma corporación indicó que “[s]erá inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación en razón del acto o contrato”. Ver también sentencia de la misma corporación de fecha 29 de enero de 1998, Exp. 11099.

grado de ineficacia negocial la inobservancia de los requisitos legalmente previstos para el perfeccionamiento del contrato, ratifica el juez contencioso la ya mencionada vigencia y prevalencia de los principios de la solemnidad y ritualidad en materia de contratación estatal¹³. Argumentación que nos permite, además, constatar las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad contractual de la Administración, la cual “[a]unque exprese su voluntad y esté amparada por la presunción de legalidad, los actos que realice sin sujeción a determinados procedimientos y exigencias no pueden tener total eficacia”¹⁴; a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los particulares, en el cual el contrato surge del simple acuerdo de voluntades, sin que sea preciso para ello, salvo expresa disposición legal o convencional en contrario, ajustar la conducta de las partes a una determinada forma ni verificar para tal efecto requisitos adicionales.

Siendo solemnes los contratos estatales, “la omisión de cualquiera de los requisitos previstos en las disposiciones legales, salvo excepciones consignadas en las mismas, determina que el contrato no se forma, no produce efecto alguno”¹⁵.

Visto desde otra óptica, en sentido positivo, es preciso, para que el acuerdo que se aspira celebrar nazca para el mundo del derecho, que la conducta negocial desplegada por las partes se ajuste de forma absoluta a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico de manera general para los vínculos contractuales y de forma particular para la especial categoría que se aspira celebrar¹⁶. La anterior exigencia radicada en cabeza de los cocontratantes supone, de manera necesaria, la correlativa obligación del operador jurídico de analizar en detalle la conducta de aquellas con miras a determinar si, a la luz de la normatividad aplicable, se dio o no cumplimiento a los requisitos legalmente exigidos para predicar la existencia del acto dispositivo efectuado.

3. Incidencia de la LOP sobre el carácter solemne del contrato estatal: ¿cuándo se perfecciona el vínculo contractual?

De lo anterior se desprende que es entonces el Legislador el encargado de determinar en cada momento histórico las formalidades a cuyo cumplimiento habrá de subordinarse el nacimiento de las obligaciones contrac-

13. Dentro de la doctrina *ius privatista*, la inexistencia ha sido definida como la situación jurídica en que se encuentra una pretendida disposición de intereses que no se ha perfeccionado como negocio jurídico por carecer de un elemento, solemnidad o actividad que es indispensable para su formación. De ahí que se diga que, en tanto no perfecto, el negocio inexistente es un conato de negocio, una tentativa de disposición de intereses, incapaz de desplegar la fuerza vinculante que estaba llamada a producir. Así, siempre que se omita la solemnidad que perfecciona el contrato, este será inexistente, lo mismo que cuando carece de objeto, está ausente alguno de los elementos que lo constituyen o lo determinan, se omitió la expresión del querer negocial o cuando, siendo real el contrato, no se entrega la cosa que ha de ser materia del negocio. Al respecto, cfr. FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *Inexistencia, invalidez e ineficacia del negocio jurídico*, copias mimeografiadas.

14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 1996. Exp. 9692.

15. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de agosto de 1998.

16. Así, por ejemplo, para la jurisprudencia administrativa, “la declaratoria de existencia del negocio jurídico supone que las partes en la práctica hayan recorrido la definición del tipo negocial, esto es, que la conducta por ellas observada se encuentre dentro de la categoría o tipo contractual que aspiraron realizar”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998 (Exp. 11099). En el mismo sentido, cfr. FERNANDO HINESTROSA FORERO. *Derecho comercial colombiano*, Medellín, 1985.

tuales asumidas, en este caso, por el Estado; competencia que se desprende, para este caso específico, de lo dispuesto por el inciso final del artículo 150 de la Constitución, norma que precisa en este sentido la cláusula general de competencia del Parlamento, al encomendarle de manera expresa la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública.

Así, por ejemplo, en vigencia del Decreto 222 de 1983, el perfeccionamiento de algunos contratos celebrados por la administración estaba sujeto a la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declaraba ajustados a la ley¹⁷; requisito sin el cual se entendía inexistente el negocio pactado, pues, tal como fue reconocido en su momento por la jurisprudencia contencioso administrativa, “[s]in ese concepto el nego-

cio estaba aún en proceso de formación”¹⁸, evidenciando de esta forma el carácter preponderante que para la eficacia del negocio reviste el estricto cumplimiento de las formalidades legalmente previstas.

También puede consistir la solemnidad en la autorización, no ya de un tribunal, sino de un órgano administrativo. Así, por ejemplo, el Decreto 2527 de 1987, en el cual se definía el régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión, establecía en su artículo 3.º que “Los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con personas naturales o jurídicas tendrán una duración no mayor de dos (2) años previa autorización del Ministerio de Salud”. La omisión de esta formalidad llevó al Consejo de Estado, en sentencia del 8 de mayo de 1995 (Exp. 9999), a afirmar que: “[a]nte la

17. Artículo 51. Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de la fianza de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianza, con el correspondiente registro presupuestal, si no hay lugar a él, o una vez suscritos.

18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 1999. Exp. 11098. En este proceso la parte actora pretendía obtener la anulación de un contrato supuestamente celebrado con el Departamento del Meta, pretensión que sería denegada por considerar improcedente la anulación de un negocio inexistente. En efecto, sostuvo en aquella ocasión el Consejo de Estado que “[l]a impugnación del contrato, o sea el juicio de validez del negocio jurídico, precisa que este haya alcanzado, conforme con la ley, ese rango; esto es, que exista y que funja como tal, como un verdadero contrato en el tráfico jurídico. El artículo 1740 del Código Civil, justamente apoya esa conclusión cuando dice: “Es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y localidad o estado de las partes”.

Resulta, entonces, necesario acreditar la existencia legal del contrato a anular, según el modo como la legislación pertinente haya regulado la forma y requisitos del nacimiento del respectivo contrato. De vieja data, la Corte Suprema de Justicia entiende dicho artículo así:

“Para obtener la declaración de nulidad [...] de un contrato es indispensable empezar por acreditar en forma legal la celebración de él. Y si un contrato es de los que deben constar por escritura pública, esta debe acompañarse [...] de lo contrario la nulidad no puede declararse” (CAS. 24 de julio de 1923).

Mutatis mutandi, el contrato de la especie del que ocupa la atención de la Sala, para alcanzar jurídicamente ese grado, requería, según la legislación vigente, del perfeccionamiento, lo cual se lograba con la aprobación del Tribunal Administrativo. Sin ese concepto el negocio estaba aún en proceso de formación. Pues bien, como ese requisito no se consiguió, consecuentemente el contrato no nació a la vida jurídica y en tales condiciones no resulta posible declarar su nulidad, por cuanto no puede declararse nulo lo inexistente. Por ende, no será posible estimar la primera pretensión”. En este mismo sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, exp. 13783.

ausencia de estos requisitos esenciales al nacimiento y perfeccionamiento del contrato (haciendo también referencia al otorgamiento de garantías, el pago de la publicación en el diario oficial y el pago de impuestos), éste no alcanzó a nacer a la vida jurídica”.

Naturalmente, también será ésta la consecuencia del desconocimiento de la forma legalmente exigida para manifestar la voluntad negocial de la Administración, esto es, la elevación a escrito del acuerdo pactado entre las partes. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, para el que “el cumplimiento de la forma escrita del contrato era un requisito de necesaria observancia por parte de los interesados en la celebración del contrato, exigencia que se requiere por mandato legal para las entidades distritales y sin la cual no puede afirmarse derechamente que el pretendido negocio exista en el ámbito jurídico y por ende despliegue la eficacia vinculante y final a que por naturaleza está llamado”¹⁹.

En estas circunstancias, difícilmente podría negarse la relevancia jurídica de la forma escrita del acuerdo logrado por las partes

en cuanto presupuesto de existencia de los contratos celebrados por la Administración. Ello resulta indudable e incontrovertible.

No ocurre lo mismo con las formalidades de la disponibilidad y registro presupuestal, inicialmente previstas en el ECE (art. 41) como simples requisitos para la ejecución de los contratos²⁰, puesto que la expedición del artículo 49 de la Ley 179 de 1994, posteriormente incorporado al Estatuto Orgánico del Presupuesto (art. 71, Decreto-Ley 111 de 1996)²¹, significó, a juicio de algunos, la modificación de la normatividad hasta entonces vigente en materia de contratación estatal al introducir como requisito para el perfeccionamiento de los actos administrativos de naturaleza pública que afecten el presupuesto el obligatorio cumplimiento de estas formalidades²². Para otros, en cambio, en vista de la claridad del artículo 41 ECE, norma especial en materia de contratos administrativos, no puede aceptarse que se catalogue al registro presupuestal como requisito de existencia de los mismos.

Partidario de esta última posición se

19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998. Exp. 11099.

20. Debe aclararse aquí que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 no hace expresa alusión al registro presupuestal, agotándose el enunciado contenido en dicha norma en el mero señalamiento de la necesaria “existencia de disponibilidades presupuestales” como requisito de ejecución del contrato del Estado.

21. Dispone el artículo 71 del Estatuto Presupuestal que: “Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

”Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

”En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización del Confis o por quien este delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados [...]”.

22. Muy a pesar de la infortunada redacción de esta disposición, consideramos que la expresión “actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales” empleada de manera anti-técnica por el Legislador —mucho más apropiado hubiese resultado hablar de actos jurídicos— ha de entenderse en sentido amplio y extenderse hasta el ámbito de los contratos estatales, pues, tal

muestra PINO RICCI, a cuyo juicio, “la ley orgánica de presupuesto no podrá regular los requisitos de la existencia de los contratos estatales o su fuerza vinculante; únicamente podrá regular su existencia presupuestal. Por el contrario, es claro que corresponde al E.C. regular los requisitos de existencia o perfeccionamiento del contrato, como en efecto se hace en el artículo 41”²³.

En el mismo sentido se pronuncia el Profesor SANTOFIMIO GAMBOA, para quien, a la luz de las reglas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto, el registro presupuestal “pasa a convertirse frente al contrato, más que en una exigencia para su existencia, en un requisito para la legalización del mismo. Perfeccionamiento sería entonces sinónimo de legalización. Esto, para diferenciarlo del perfeccionamiento a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual se aproxima más al concepto de existencia del contrato estatal”²⁴. Lo anterior, en consideración a que la Ley Orgánica del Presupuesto prevé una operación administrativa tendiente a que el contrato celebrado

comprometa definitivamente el presupuesto público, operación que no sería otra diferente al registro presupuestal, carente, por su condición de mero acto de trámite, destinado a hacer operativa una voluntad ya concebida y exteriorizada, de la virtualidad jurídica suficiente para determinar el perfeccionamiento del contrato²⁵. De ahí que, afirma, “la operación administrativa de perfeccionamiento del contrato a que alude el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 constituye una actuación posterior a la existencia misma del contrato, con el fin de asegurarle a éste los recursos para su ejecución”²⁶.

Respetuosamente discrepamos de tan autorizadas posiciones. A nuestro juicio resulta un tanto escabroso desconocer el sentido de la normatividad presupuestal, en un caso, sugiriendo la existencia de competencias restrictivas y excluyentes dentro del quehacer legislativo –olvidando que la función legislativa es una sola, centralizada en un único órgano, habilitado a su vez con una cláusula general de competencia por el texto constitucional–; y en el otro,

como ha sido destacado por un sector de la doctrina, de lo que se trata es de optimizar la gestión administrativa, racionalizando el empleo de los recursos públicos. Cfr. JUAN CARLOS EXPÓSITO VELEZ. *La configuración*, cit, p. 595. En estas circunstancias resultaría del todo incomprensible que se dejara por fuera de la reglamentación del Estatuto Orgánico del Presupuesto una figura que, como la contratación estatal, constituye, sin duda alguna, una de las principales –sí es que no la más importante– modalidades de ejecución del presupuesto público.

23. PINO RICCI. *Contratos estatales*, t. 1, p. 15 (sin publicar). En igual sentido se pronuncia JOSÉ LUIS BENAVIDES, a juicio de quien si bien es cierto “que todos los contratos conllevan un gasto público y por ende suponen la existencia de previsiones establecidas de manera regular y suficiente para su pago, estas obligaciones se sitúan, según la noción de la Ley 80, en el campo estrictamente presupuestal. El legislador se aproximó así al principio general consagrado por la jurisprudencia francesa según el cual el derecho presupuestal es autónomo en relación con el derecho administrativo [...] Por consiguiente, las irregularidades presupuestales no conllevan la invalidez de los actos contractuales que suponen un gasto, lo que quiere decir que el contrato celebrado por la administración sin las previsiones presupuestales necesarias o antes de la aprobación de la póliza única de garantía es válido y liga a la administración con su contratista”. Cfr. *El contrato estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

24. SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos...*, cit., p. 160.

25. *Ídem*.

26. *Ídem*, p. 161. En este mismo sentido, véase de este mismo autor el tomo IV de su *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 157.

introduciendo una distinción no prevista en la ley, al modificar de forma radical el alcance de las expresiones empleadas por el legislador. Somos de la opinión de que con independencia de la naturaleza jurídica de la formalidad consagrada por el legislador (acto, hecho u operación jurídica, resulta igual) su efecto es el mismo, a saber: condicionar el surgimiento de la obligación a su efectiva verificación²⁷.

Adicionalmente, debe señalarse el hecho de que posturas tan respetables como las antes referidas chocan frontalmente con la posición predominantemente expuesta por el Consejo de Estado al respecto. En efecto, aun cuando no puede decirse que se trate de una posición absoluta y ya decantada dentro de la jurisprudencia administrativa²⁸, la controversia hermenéutica suscitada en torno al perfeccionamiento del contrato estatal por la aplicación de las normas antes mencionadas (ECE y Ley Orgánica del Presupuesto) ha

sido resuelta la mayoría de las ocasiones a favor de la primera de las posiciones expuestas, es decir, inclinándose a considerar que la formalidad del registro presupuestal sí constituye un requisito de existencia del contrato estatal, que se perfeccionaría una vez verificada esta solemnidad luego de que las partes hayan expresado por escrito su consentimiento y su acuerdo en torno al objeto y la contraprestación del contrato. Lo anterior, en consideración a que la Ley Orgánica del Presupuesto, norma posterior en el tiempo y dotada de mayor fuerza derogatoria que el ECE²⁹, modificó en dicho punto a este último, estableciendo un requisito adicional a los exigidos por la ley civil, comercial y la misma ley de contratación estatal³⁰.

Del mismo parecer es ESCOBAR GIL, para quien “la celebración y el perfeccionamiento de los contratos estatales está sometidos a dos exigencias de orden presupuestal, a saber: la expedición del certificado de dispo-

27. Así, por ejemplo, mal podría desconocerse el carácter de solemnidad *ad substantiam actus* de la formalidad de la inscripción de la escritura de compraventa de un bien inmueble en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo correspondiente estatuida de antaño por nuestro ordenamiento. En este caso, pese a haber las partes expresado ya su voluntad negocial, plasmada en el documento contractual elevado a escritura pública, el contrato de compraventa no se entenderá perfecto hasta tanto se cumpla con la mencionada formalidad que, en el argot propio del derecho administrativo, podría equipararse a una operación administrativa.

28. Decimos que se trata de una posición aún no consolidada dentro del Consejo de Estado, que no constituye todavía una línea jurisprudencial establecida y constante, pues algunos pronunciamientos como el proferido en sentencia del 6 de abril de 2000 (Exp. 12775) se niegan a admitir la modificación sufrida por el ECE, calificando al registro presupuestal de simple requisito de ejecución del contrato. Sostuvo en esta ocasión la corporación que bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito y en lo referente al cumplimiento de los otros requisitos –la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales– se exige para la ejecución del contrato, como también la publicación oficial luego del perfeccionamiento (art. 41), con lo cual no queda ninguna duda sobre el momento de perfeccionamiento del contrato y por consiguiente, el incumplimiento de los subsiguientes requisitos configura una responsabilidad de naturaleza contractual”. Este pronunciamiento fue motivo de aclaración de voto del consejero ALIER HERNÁNDEZ, quien disintió de lo allí afirmado. Al respecto ver la nota al pie de página n.º 29.

29. Así lo reconoce también la Corte Constitucional, cfr. sentencia n.º C-772 de 1998.

30. En este sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de enero de 2000 (Exp. 14935), en el que se sostiene lo siguiente: “En principio se tiene que según lo reglado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a

nibilidad previa y el registro presupuestal”³¹, por considerar que la norma contenida en la LOP prevalece sobre lo dispuesto por el artículo 41 del ECE. De lo contrario, estima este autor, “la Administración Pública tendría vía libre para concertar toda clase de compromisos contractuales sin sujeción al principio de legalidad del gasto público y a las normas de planificación contenidas en el presupuesto. Por lo demás –dice–, se fomentaría la celebración de contratos que posteriormente las entidades estatales no podrían cumplir por falta de recursos, lo que sería una fuente de innumerables demandas de responsabilidad contractual contra la Administración Pública”³². Argumento que se ve reforzado por las disposiciones contenidas en el Decreto 2170 de 2002, tendientes

a desarrollar lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las cuales, como se evidencia en los artículos 8.º y 10.º, persiguen acentuar el peso del principio de planeación dentro de la contratación estatal, destacando la importancia de contar con estudios previos que permitan conocer, de antemano, el valor estimado del contrato, como aspecto determinante a la hora de definir el presupuesto oficial, de obligatoria inclusión en los pliegos de condiciones o términos de referencia³³.

Retomando lo dicho anteriormente, a nuestro juicio, el carácter formal de los contratos estatales, realidad evidente e incontestable, constantemente ratificada por múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en los que tajantemente se niega cualquier eficacia a

escrito”; en tanto que la existencia de la disponibilidad presupuestal y la aprobación de la garantía única de cumplimiento, son simplemente “requisitos de ejecución” y no de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma sufrió modificación por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilada en el artículo 71 del Decreto-ley 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto [...]. Si bien la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de “actos administrativos”, la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2.º del Decreto-ley 111 de 1996 de la misma Ley 179 de 1994 [...] En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones”. Esta posición sería posteriormente apoyada por el consejero ALIER HERNÁNDEZ en su aclaración de voto a la sentencia del 6 de abril de 2000 (Exp. 12775). En igual sentido Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998 (Exp. 1121), en el que se manifestó que “[e]n nuestro ordenamiento jurídico actual, los elementos de los contratos que celebran las entidades estatales son los que las disposiciones civiles, comerciales y la Ley 80 de 1993 determinen como de la esencia y la naturaleza. Adicionalmente, la ley orgánica de presupuesto introdujo otro requisito de perfeccionamiento del contrato, el cual se explicará más adelante [...] La exigencia del registro presupuestal del contrato, como requisito de perfeccionamiento del mismo, introduce un elemento adicional a los establecidos en la ley civil, comercial y la ley de contratación estatal”. Igualmente, en sentencia del 16 de julio de 1998, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestaría, a propósito de la anulación del acto de terminación unilateral de un contrato, que “si el contrato no contaba con el amparo presupuestal para su ejecución se estaba frente a un contrato que no había cumplido con todas las formalidades de ley para su perfeccionamiento y no era la declaratoria de terminación unilateral la medida idónea para deshacer el vínculo con el contratista, al faltarle dicho requisito legal”.

31. ESCOBAR GIL. *Teoría general...*, cit., p. 88.

32. Ídem.

33. En este mismo sentido puede consultarse EXPOSITO VÉLEZ. *La configuración*, cit., p. 595.

los acuerdos suscritos por la Administración al margen de las formalidades legalmente exigidas, no da lugar a distinguir allí donde el Legislador no lo hizo. Mucho menos, so pretexto de ajustar la disciplina de los contratos al régimen de derecho privado, pues ello es tanto como pretender desconocer la sustantividad propia de este tipo de acuerdos, distantes por varias razones del ámbito de los particulares, regido principalmente por el principio de la autonomía, la voluntad y la libertad en la forma. Recordemos que no son pocos los motivos que pueden llevar al Legislador a proporcionarles un derecho especial, diferente, dotado de un manto protector severo, que garantice la efectiva realización de los principios inspiradores de la función administrativa y contribuya de la mejor manera a atender y resolver las necesidades de la comunidad³⁴.

De otra forma, si se hicieran a un lado las particulares exigencias formales realizadas por el Legislador en materia de perfeccionamiento de este tipo de contratos, no podría

entenderse el lapidario aserto contenido en el artículo 824 del C. Co., según el cual “Cuando una norma jurídica exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”; disposición que, merced a lo dispuesto por el artículo 13 del ECE, despliega todos sus efectos normativos también en el ámbito de los contratos estatales³⁵.

Así las cosas, si tenemos en cuenta que por medio de las formalidades de la disponibilidad y el registro presupuestal se busca asegurar la existencia de recursos suficientes para solventar el gasto que se pretende efectuar y afectar de manera definitiva la apropiación existente que consta en el certificado de disponibilidad requerido, puede concluirse que se trata de solemnidades *ad substantiam actus* definidas por el Legislador en consideración a los especiales cuidados que deben ser exigidos a la Administración en materia de gasto público. Cuestión que, habida cuenta de lo escaso de los recursos

34. Sin embargo, creemos útil la distinción de dos tipos de actuaciones contractuales irregulares: aquellas en las que el pacto negocial se realiza al margen de cualquier formalidad legalmente preestablecida y aquellas en las que la actuación se inicia regularmente, con el lleno de los diferentes requisitos –acuerdo y escrito–, pero en las que el contrato no nace a la vida jurídica por el actuar omisivo de la Administración que, a pesar del actuar diligente del contratista, incumple con los trámites que, como el registro presupuestal, le han sido legalmente confiados. Ello, creemos, habrá de tener hondas repercusiones en el ámbito de la responsabilidad precontractual de la administración pública, de suerte que en el último evento, en consideración al principio de buena fe que debe gobernar las relaciones negociales tanto en su fase contractual como precontractual, y al cual por expreso mandato constitucional deben las autoridades ceñir sus actuaciones, podría examinarse la posible indemnización plena del daño padecido, en términos análogos a los aplicables en caso que el vínculo contractual hubiese existido. Esto, por cuanto, estimamos, lo contrario sería sancionar al particular por la omisión de la Administración; razón que consideramos suficiente para justificar el tratamiento diferenciado que tales casos recibirían. Es este, pues, uno de los grandes desafíos que debe encarar la justicia administrativa.

35. De conformidad con lo estatuido en esta norma y de manera tajante, ha manifestado la jurisprudencia que ante la ausencia de las formalidades necesarias para el nacimiento a la vida jurídica de los contratos del Estado, “cualquier circunstancia que se hubiere desarrollado bajo el mal entendido de que estaba vigente un contrato [...] son fenómenos de hecho que no están regidos por ningún negocio jurídico, por tanto, mal puede pensarse en obligaciones nacidas de esta situación, porque la nada no puede producir nada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 mayo de 1995. Exp. 9999.

del Estado, demanda la implementación de medidas y la adopción de requerimientos enderezados a hacer efectivos principios constitucionales de la función administrativa como la eficiencia, la economía y la moralidad, concretados a su vez en el principio de planeación para el ámbito de la contratación estatal. El hecho de que el Legislador no hubiera contemplado este tipo de medidas al momento de expedir el ECE no puede permitir inferir que se encuentra inhibido para hacerlo de manera ulterior, tal como de hecho sucedió con la expedición de la LOP, pues es claro que la eficaz y eficiente utilización del gasto público constituye un aspecto cardinal de la gestión administrativa que, en tanto elemento presente en la actividad contractual de la Administración, ha de entenderse incorporado al bloque de normas que integran la disciplina de los contratos del Estado.

Tan enérgica toma de posición por parte de nuestro ordenamiento suscita algunos interrogantes en torno a la situación patrimonial de aquellas personas que sin satisfacer plenamente las exigencias formales del ordenamiento inician la ejecución de un objeto “contractual” determinado; circunstancia especialmente sensible si se tiene en cuenta que por ministerio de la ley trámites internos de la Administración—como es el caso de la disponibilidad y del registro presupuestal—han adquirido la condición de formalidades *ad substantiam actus*, dotados, por ende, de la virtualidad suficiente para perfeccionar o desestimar el vínculo consensualmente establecido. ¿Qué pasa entonces con la “prestación” ya ejecutada? ¿Se entiende que es un riesgo que asume *motu proprio* el particular que actúa fuera de la legalidad vinculante para la actividad contractual del Estado o debe la Administración responder

por los gastos efectuados por el “contratista frustrado”? Y en ese evento, ¿cuál sería el fundamento de la obligación que pesa sobre la Administración?, ¿hasta dónde va su responsabilidad? ¿Debe el Estado responder de igual modo ante todos los particulares afectados por este tipo de circunstancias o debe reparar el juez en las particularidades de cada caso?, entre otras, son apenas algunas de las inquietudes que surgen una vez revisado el régimen jurídico que disciplina la formación de los contratos estatales.

4. La prohibición de enriquecimiento sin justa causa

Si bien es cierto que la actividad contractual de los poderes públicos se halla sometida a estrictos moldes prefijados por el Legislador, en ausencia de los cuales se entenderá inexistente cualquier vínculo jurídico que a ellos se pretenda sujetar, el desconocimiento de los derechos de los particulares irregularmente ligados a la ejecución de cualquier tipo de “prestaciones” a favor de la Administración resultaría abiertamente contrario al substrato axiológico y principalista de la actual normativa constitucional, fundada en valores como la convivencia, el trabajo, la justicia, la equidad, la igualdad y la paz y en la que se encuadra además la actividad estatal dentro del marco de un Estado Social de Derecho, comprometido con la protección y defensa de la vida, honra, bienes, derechos y libertades de todas las personas residentes en Colombia.

Se trata de una realidad evidente, que ha llevado al Consejo de Estado a hacer uso de la tradicional doctrina del enriquecimiento sin justa causa, introducida en nuestro ordenamiento por la renovadora Corte Suprema de Justicia de los años treinta del siglo pa-

sado³⁶, como fundamento de la obligación que surge para la Administración, que se ha beneficiado del obrar de un particular, de restablecerlo patrimonialmente, aun a pesar de haber actuado fuera del marco legal definido por el régimen contractual aplicable a ese tipo de conductas³⁷.

Este proceder ha sido normativamente justificado a partir de los preceptos contenidos en el artículo 831 C. Co., en el que se dispone de manera expresa que “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”; lo mismo que en los artículos 2.º, 58, 90 y 95 de la Constitución Política, considerando además que “el no enriquecimiento sin causa que sirve de fundamento a la acción, es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se realizó por vía jurisprudencial, a través del artículo 8.º de la Ley 153 de 1887”³⁸.

Así, pues, partiendo de la base de que bajo ninguna circunstancia puede admitirse el enriquecimiento injustificado de la Administración, se ha considerado que “[l]a falta de contrato escrito o sin formalidades plenas, según el caso, por parte de la entidad pública, no colocan al particular en la imposibilidad de obtener la remuneración justa por los servicios prestados”³⁹. En este orden de ideas, el derecho que tiene el particular al restablecimiento de su situación patrimonial anterior a la ejecución de la prestación en favor de la Administración da lugar al surgimiento de la correlativa obligación en cabeza de la Administración de efectuar dicho pago. Obligación que, como es natural, no podrá tener su fundamento en el conato de contrato que, frustrado por la inobservancia de las formalidades *ad substantiam actus* legalmente exigidas, nunca llegó a

36. Un análisis detallado de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 1936.

37. Al respecto, ver, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: sentencia del 6 de agosto de 1982, Exp. 3886; sentencia del 3 de julio de 1990, Exp. 5579; sentencia del 22 de febrero de 1991, Exp. 5618; sentencia del 15 de noviembre de 1990, Exp. 5883; sentencia del 10 de septiembre de 1992, Exp. 6822; sentencia del 24 de septiembre de 1992, Expediente n.º 6788.

38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2000, Exp. 11895. En relación con el fundamento constitucional de la aplicación de este principio, se afirma en esta providencia que “cuando el artículo 95 de la Constitución Política señala que el respeto de los derechos ajenos es deber de toda persona, ha elaborado un marco jurídico de tan amplio contenido que en su interior cabe la responsabilidad de los particulares y notables títulos jurídicos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya consagración específica se encuentra [...] en el artículo 90 de la Carta Política. En la riqueza de esta preceptiva constitucional se destaca [...] la prohibición del enriquecimiento injusto, cuya transgresión por una persona jurídica de derecho público hace que se le impute el daño antijurídico que la disminución patrimonial sufrida por la víctima supone.

No se podría entender de otra manera que la razón finalista de nuestro ordenamiento jurídico-político sea asegurar a los integrantes de la Nación, la convivencia, la justicia, la libertad y la paz, como lo prescribe [...] el preámbulo de la Constitución de 1991; ni que entre los fines esenciales del Estado se encuentre garantizar los derechos que el catálogo constitucional consagra; o que la razón de la existencia de las autoridades y de las instituciones estatales sea, entre otras, la de proteger los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (art. 2.º), entre los cuales hay que subrayar aquí la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título (art. 58).

Existe, pues, todo un complejo normativo integrado por principios y por preceptos constitucionales de los cuales emerge ¡como uno de sus fundamentos! una regla jurídica de justicia natural: la prohibición para enriquecerse injustamente a expensas de otro”.

39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de diciembre de 2001. Exp. 20269.

existir, sino, precisamente, en el mandato de equidad traducido en la prohibición de enriquecerse sin causa que gobierna las diversas relaciones que en desarrollo del tráfico jurídico tienen lugar.

De ahí que para que proceda la reclamación por parte del particular afectado deban presentarse los supuestos fácticos del enriquecimiento sin causa, a saber: “una situación de hecho que da lugar a la prestación de un servicio a favor de la administración; el enriquecimiento obtenido por la entidad pública; el empobrecimiento correlativo y proporcional sufrido por el demandante y la inexistencia de causa que justifique lo anterior”⁴⁰.

La prueba de estos elementos constituirá el centro del debate emanado de la natural falta de pago de las sumas debidas por la Administración por la ejecución de unas prestaciones envueltas en un contrato que nunca se celebró pero que el particular efectivamente realizó; debate que éste habrá de desatar ante la jurisdicción contenciosa para obtener el restablecimiento de su patrimonio, ostensiblemente mermado como consecuencia de su actuación surtida al margen de la legalidad contractual. Circunstancia que, tal como se verá líneas abajo al analizar la naturaleza de la acción procedente, habrá de repercutir de manera significativa en la extensión de la responsabilidad que del Estado se demandará en estos particulares eventos.

5. Implicaciones procesales de la inexistencia del contrato estatal

Si bien es claro que de conformidad con la normatividad imperante no resulta

procedente excluir la responsabilidad del Estado por la falta del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades celebrado entre las autoridades públicas y un particular, varias son las inquietudes que surgen de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa a este tipo de relaciones y que se proyectan sobre el aspecto procedimental de este tipo de controversias.

5.1. La acción procedente

Reconocido el interés que tiene el particular a reclamar de la Administración el pago de las sumas invertidas en la ejecución de los servicios prestados, de los que esta última se benefició, surge la pregunta en torno a la forma en que habrá de encausarse dicha pretensión, tradicionalmente conocida como *actio in rem verso*, dentro del repertorio de instrumentos procesales positivamente reconocidos a los administrados para presentar ante el juez contencioso las reclamaciones frente a la Administración: ¿acción contractual, nulidad y restablecimiento del derecho o acción de reparación directa?

A primera vista, como salida inmediata a este dilema, podría pensarse en la procedencia de la acción contractual. Ciertamente, dentro de su campo de acción legalmente definido se encuentra el de obtener la declaración de existencia de un contrato, tal como lo expresa *ab initio* el artículo 87 del C. C. A.

Sin embargo, la respuesta a este interrogante debe partir de un supuesto incontestable: la inexistencia del contrato estatal. No importa que la actuación se haya desarrollado en el curso un supuesto “contrato” con

40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de marzo de 1997. Exp. 11933.

la Administración, ya que, como veíamos anteriormente, la jurisprudencia ha sido tajante en castigar con el mayor grado de ineficacia negocial –la inexistencia– los acuerdos carentes de las formalidades exigidas por la ley. Así, si bien podría pensarse en solicitar por vía de la acción contractual la declaración de existencia del contrato (art. 87 C.C.A.), como ocurre en la práctica en la mayoría de los casos, la pretensión así formulada estaría llamada al fracaso, pues mal podría prosperar esa acción si se incumplieron los requisitos formales para dar lugar a un pronunciamiento de esa naturaleza.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, para el que, a los fines de establecer si procede o no la acción contractual, “debe establecerse si las partes, en la práctica, han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar. Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar”⁴¹.

Frente a este panorama, las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tampoco parecen caminos adecuados para formular la pretensión encerrada por la *actio in rem verso* de la cual es titular el particular afectado, pues el fundamento de estas acciones, un acto administrativo cuya existencia se quiera demandar, se muestra ausente en las circunstancias que

ahora examinamos, surgidas, precisamente, de la omisión de la Administración, que no manifestó su voluntad en los términos legalmente exigidos. Su procedencia en el ámbito de los contratos estatales, tal como lo prescribe el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 (modificatorio del art. 87 del C.C.A.), se encuentra limitada a la impugnación de los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, para lo cual se cuenta con un término de 30 días desde su comunicación, notificación o publicación siempre que el contrato no se haya celebrado, evento en el cual la ilegalidad de los actos previos solamente podrá ser invocada como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, controversia propia de la acción contractual.

En estas condiciones, no existiendo contrato ni acto administrativo que demandar, sino simplemente unos hechos y unas omisiones en las que se ve envuelta la Administración y un particular, de los cuales éste último resulta patrimonialmente afectado como consecuencia de la merma experimentada en su haber tras la ejecución de una “prestación” en beneficio de aquella, no habrá otro camino procesal diferente de la acción de reparación directa, contemplada en el ordenamiento legal para pedir la reparación de un daño causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o cualquier otra causa (art. 86 C.C.A.).

Tal ha sido la posición predominante⁴² en el Consejo de Estado, derivada de entender que se está frente a una situación de hecho, consecuencia de la conducta irregular de las partes que obraron fuera del marco tra-

41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2000. Exp. 11895.

42. Podemos decir que de forma marginal y esporádica, de acuerdo con las particularidades del

zado por la legalidad que rige la actividad contractual de la Administración. Así, por ejemplo, en sentencia del 10 de agosto de 2000, señaló esta corporación que “cuando los particulares realizan a favor de la administración una obra o servicio, de aquellos que debieron enmarcarse bajo una relación contractual, pero que no lo hicieron así, la acción por ejercitar en procura del pago reclamado, es la acción de reparación directa, en el entendido de que estén dados los elementos del enriquecimiento sin justa causa, esto es, un empobrecimiento de la parte afectada, un correlativo enriquecimiento de la parte beneficiada, una relación de causalidad y la ausencia de causa jurídica”⁴³.

Siendo la prohibición de enriquecerse sin causa el fundamento del deber reparatorio que pesa sobre la Administración, no cabe duda de que la prosperidad de la acción, a pesar de tratarse de la de reparación directa, no dependerá de que en el curso del proceso

se demuestre que existió una actuación injusta, equivocada o ilegal por parte de aquella que pueda ser calificada jurídicamente de falla del servicio, ya que para dicho efecto bastará la constatación de hechos objetivos, antes mencionados como elementos del enriquecimiento sin causa o supuesto fáctico de la *actio in rem verso*⁴⁴.

Es, pues, un problema de responsabilidad extracontractual, y como tal ha de ser tratado. Sin embargo, vale la pena destacar el hecho de que debido a la polémica aún vigente en torno al mecanismo procesal idóneo para ventilar este tipo de controversias⁴⁵, el juez administrativo, de cara a hacer efectivo el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C. P.) y en consideración de lo complejo que puede resultar determinar *a priori* cuál es la acción procedente, ha dado aplicación al principio *iura novit curia*, interpretando las demandas presentadas, de suerte que en el evento en

caso concreto, se fundamenta este tipo de reclamaciones específicamente en la responsabilidad precontractual de la Administración, hipótesis que aunque interesante resulta en cierta forma controversial, ya que surge la pregunta acerca de hasta qué punto resulta aplicable el régimen de la responsabilidad precontractual a este tipo de controversias, en las cuales no existe, en estricto sentido, actividad contractual alguna. Al respecto, ver sentencia del 6 de marzo de 1997, Exp. 10038; y sentencia del 29 de enero de 1998, Exp. 11099. Esta última, a lo largo de las consideraciones para decidir, mezcla el enriquecimiento sin causa y la teoría de la responsabilidad precontractual como fundamentos de la obligación estatal de cancelar los gastos realizados por el particular, sin dejar muy en claro cuál era finalmente el fundamento acogido para declarar la responsabilidad del Estado; condenándolo finalmente, de manera extraña en el contexto de la *actio in rem verso*, al pago de daño emergente y lucro cesante.

43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11848. Posición reiterada en ulteriores providencias de la misma Corporación. Cfr. sentencia del 30 de noviembre de 2000, Exp. 11895; sentencia del 8 de noviembre de 2001, Exp. 12853; auto del 13 de diciembre de 2001, Exp. 20269.

44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 1993. Exp. 7365. En el mismo sentido, sentencia del 20 de marzo de 1997. Exp. 11933. Por supuesto, esto no impide pensar que la falta de realización de los procedimientos legalmente establecidos en materia de contratación constituya una falta que puede ser fácilmente catalogada como una clara falla en el servicio, habida cuenta de que se observa en el proceder de la Administración un obrar ostensiblemente violatorio de las obligaciones impuestas en tales casos por el ordenamiento jurídico, un daño radicado en cabeza de un particular y un claro nexo de causalidad entre uno y otro.

45. Para ver un recuento de las diversas posiciones adoptadas por la jurisprudencia administrativa a este respecto, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2000, Exp. 12775.

que se haya interpuesto la acción equivocada, más allá del yerro procedimental que ello pueda significar, para fallar se tendrán en cuenta los hechos que sirven de apoyo a las pretensiones formuladas⁴⁶.

5.2. Término de caducidad de la acción

La limitación en el tiempo a la cual han sido sometidas las acciones contenciosas mediante el establecimiento de precisos términos de caducidad suscita otro interrogante, relacionado, esta vez, con el momento a partir del cual ha de ser contado dicho término: ¿a partir del momento en que se llega al acuerdo informal y se imparten las instrucciones al particular de proceder de una determinada manera? o ¿a partir del momento en el cual la Administración rehúsa el pago de lo debido merced a la inexistencia de un contrato?

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido la tesis de que el término de dos años, predicable tanto de la acción contractual como de la acción de reparación directa (art. 136 C.C.A.), ha de contarse a partir del momento en el cual, luego del pronunciamiento en el que la Administración niega la existencia del vínculo contractual invocado por el particular como fundamento de su derecho a percibir una determinada suma

de dinero en contraprestación a una labor ejecutada a favor de aquella, éste se entera de la precariedad de su situación jurídica⁴⁷. Además de resultar más desfavorable a los intereses de los administrados involucrados en este tipo de actuaciones, la adopción de la tesis contraria comportaría el desconocimiento de la legítima expectativa al pago que abriga la persona afectada, cuyo empobrecimiento –condición necesaria para la configuración del enriquecimiento sin causa de la Administración– no se consolidará de manera efectiva sino hasta el momento en que éste se entera de la negación de la existencia del ligamen convencional, momento a partir del cual, debido al alcance de dicho pronunciamiento, surge indiscutiblemente la controversia que habrá de ser resuelta, bien de manera directa por la misma entidad estatal involucrada⁴⁸, bien de forma indirecta por medio de la intermediación del juez administrativo.

6. Alcance de la responsabilidad de la Administración

Al margen de la discusión en torno a la acción por impetrar, el debate sobre la existencia o inexistencia del contrato cobra toda su importancia al determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración con

46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2000. Exp. 11985. Cfr. también sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11648.

47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 1997. Exp. 10038. Cfr. también sentencia del 6 de abril de 2000 (Exp. 12775).

48. La posibilidad de alcanzar un acuerdo directo con la Administración en circunstancias análogas a las abordadas en este escrito ha sido admitida por la jurisprudencia administrativa, a juicio de la cual figuras como la conciliación resultan adecuadas para resolver conflictos de esta índole, toda vez que “La falta de contrato escrito o sin formalidades plenas no colocan al particular en la imposibilidad de obtener la remuneración justa por los servicios prestados”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 13 de diciembre de 2001, Exp. 20269, pronunciamiento en el cual se revoca la decisión del tribunal de instancia de improbar un acuerdo conciliatorio alcanzado entre las partes en una controversia de esta naturaleza.

uno u otro fundamento, pues las consecuencias, en términos de restablecimiento patrimonial, serán muy distintas dependiendo de si se toma una u otra posición.

En efecto, al paso que la *actio in rem verso* tiene el carácter de acción compensatoria, la acción contractual tiene naturaleza indemnizatoria; lo que significa que mientras la primera busca restablecer a la persona afectada a las condiciones existentes antes de que el hecho dañino tuviera lugar (restablecimiento del *statu quo ante*)⁴⁹, la segunda busca reparar el daño, no sólo en la medida de la lesión efectivamente sufrida (daño emergente) sino además resarcir a la víctima por aquella ganancia o provecho que dejó de percibir por no haberse cumplido la obligación, o por haberse cumplido de manera imperfecta o extemporánea (lucro cesante).

Tal diferencia proviene del hecho de que en caso de que se entienda que el contrato existió, el contratista habrá cumplido con su prestación, situación en la cual la Administración habría incumplido su parte del acuerdo, motivo por el cual deberá ajustar su conducta a las reglas previstas a este respecto en el Código Civil en materia de indemnización de perjuicios (arts. 1613 y ss.); al paso que en el primer evento, de no existir contrato, se impone el simple restablecimiento patrimonial en igual medida que el daño sufrido de conformidad con

las reglas del artículo 2341 y ss. del C. C., circunstancia que, a nuestro juicio, conduce necesariamente a examinar la buena fe en la conducta desplegada por cada una de las partes a efectos de determinar el alcance y el monto de la indemnización para cancelar al particular afectado.

Ciertamente, pese a no constituir el dato esencial y determinante para la declaratoria de responsabilidad de la Administración –por no ser precisa, tal como se mencionó anteriormente, la demostración de la falla del servicio–, estimamos que por tratarse de circunstancias que comprometen su responsabilidad de manera extracontractual, la valoración de la conducta desplegada por cada una de las partes dentro del respectivo “expediente de contratación” –por así llamar a la actuación surtida de cara a la realización de los acuerdos que dan lugar a la controversia– no debe desestimarse del todo. Esto, por cuanto dentro de dicha actuación pueden presentarse circunstancias particulares que incidan, de uno u otro modo, sobre el alcance y la tasación de la indemnización para pagar.

Así, por ejemplo, consideramos pertinente en estos casos distinguir entre las dos hipótesis principales que pueden llegar a presentarse, a saber: el que no se perfeccione el contrato por causa de la ausencia total de los requisitos de forma legalmente establecidos (procedimiento de selección, forma escrita,

49. Así, por ejemplo, en sentencia del 30 de noviembre de 2000 (exp. 11895), el Consejo de Estado indicó que “si llegare a concluirse que la entidad estatal propició, con su conducta, la entrega de bienes o la prestación de servicios por parte del contratista, y que éste efectivamente ejecutó las respectivas prestaciones, sin obtener la compensación correspondiente, surgirá a su favor el derecho al restablecimiento de su patrimonio, en la medida del desequilibrio, a pesar de no haberse cumplido las etapas y los procedimientos requeridos para el desarrollo del iter negocial”. En el mismo sentido se pronunció la misma corporación en auto de diciembre 13 de 2001 (exp. 20269), en el que se afirmó que “a pesar de la falta del contrato debidamente perfeccionado, si la entidad pública se benefició queda obligada a restablecer el patrimonio del particular en aquella parte en la que se empobreció (art. 86 del CCA)”.

disponibilidad y registro presu-puestal) y la inexistencia del mismo por la omisión de la Administración en el cumplimiento diligente de sus responsabilidades frente al perfeccionamiento del contrato posteriores a la suscripción del mismo, esto es, la cumplida verificación del trámite de registro presu-puestal, enteramente a su cargo. Y hacemos esta precisión por ser nuestra opinión que no podría darse el mismo tratamiento indemnizatorio al administrado que presentó una propuesta en debida forma, participó en un proceso de selección legalmente adelantado, suscribió un documento, cumplió con sus cargas de legalización del vínculo y ejecutó unas obras a instancias de la Administración, pero que resultó actuando fuera del marco de lo estrictamente contractual debido a la omisión de la entidad contratante de dar cumplimiento al registro presupuestal, que a aquel ciudadano que de forma amañada, con la sombría complicidad de funcionarios corruptos, se precipitó a ejecutar unas obras sin haberse sometido a procedimiento de escogencia alguno, prescindiendo además de los requisitos, las formalidades y las exigencias legalmente establecidas para la celebración de este tipo de compromisos.

Se trata de una cuestión de manifiesta equidad y buena fe, ya que pese a tratarse de dos situaciones análogas, en cuanto envuelven actuaciones carentes del soporte contractual necesario, registran elementos propios y rasgos diferenciadores que, a nuestro juicio, dan lugar a establecer ciertas divergencias al momento de definir el alcance de la indemnización y valorar el monto de los perjuicios por cancelar. No

resultaría entonces legítimo ni razonable asumir que se trata de asuntos idénticos, a los cuales ha de brindarse un mismo trato jurídico, pues es claro que la buena fe y la diligencia del primero, contrastantes con la actitud apresurada, oportunista y ligera del segundo, no podrían ser desconocidas por el juez contencioso a la hora de valorar un daño que, para el primer caso, encuentra su causa exclusiva en la inacción de la Administración, única responsable de la falta de registro presupuestal y por ende, de que no se perfeccione el contrato. La culpa de la entidad contratante, en este evento, permitiría imputarle el daño padecido por el particular afectado por la falta de diligencia, lealtad y corrección de aquella, que en este caso, estimamos razonable, pese a encontrarnos en el escabroso terreno de la responsabilidad precontractual⁵⁰, podría verse expuesta a una condena semejante a la que debería tener lugar de no haber mediado la omisión administrativa referida y haberse perfeccionado el vínculo. Esto, en consideración a que de lo contrario, esto es, de limitar el alcance de la indemnización únicamente al daño emergente, como lo impone el régimen compensatorio del enriquecimiento sin causa, se estaría violando el principio de igualdad material, al gravar a un particular de manera desproporcionada con la indebida inactividad de la entidad contratante, que en este caso, de manera adicional, se estaría beneficiando de su propia culpa.

Cosa distinta ocurriría en el segundo caso, en el cual la abierta transgresión de la legalidad y la manifiesta ausencia de buena fe de ambas partes permitiría, en aras de impedir

50. Para un interesante análisis de las particularidades del régimen de la responsabilidad precontractual de la administración, cfr. EXPOSITO VÉLEZ. "La responsabilidad precontractual en la actividad contractual del Estado", en *Memorias IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

el enriquecimiento sin causa de la Administración, reconocer únicamente el monto correspondiente al valor de las obras ejecutadas o de los servicios prestados. Indemnización que, consideramos procedente, por encontramos en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, podría ser razonablemente reducida por el juez administrativo en consideración al obrar culposo del particular que se expuso imprudentemente al daño a la postre padecido (art. 2357 C. C.).

Como se puede apreciar, se trata, pues, de situaciones distintas, claramente diferenciadas por circunstancias particulares, propias del devenir fáctico de cada controversia, que habrán de ser atendidas por el juez al momento de determinar la imputación de los daños cuyo resarcimiento se reclama en sede de reparación directa; de modo que sin asumir una actitud complaciente ni estimulante frente a este tipo de actuaciones surtidas al margen de la legalidad, al tiempo que asegure que no se impongan cargas excesivas a los administrados, y que no se desconozcan sus derechos patrimoniales, tampoco permita el juez el reconocimiento de beneficios impropios derivados de la propia culpa de los particulares afectados.

No obstante lo anterior, debe mencionarse que en la práctica, el Consejo de Estado ha obrado en contravía de estos preceptos, reconociendo el pago de los perjuicios padecidos por concepto de daño material, daño emergente y lucro cesante, a pesar de haber declarado la inexistencia del supuesto contrato estatal que servía de base a la reclamación⁵¹, extendiendo con ello la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual de la Administración a eventos que, siendo coheren-

tes con sus propias consideraciones, deberían ser considerados como sujetos al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado. Extensión que se ha llevado a cabo sin mayor argumentación y que ha conducido a una inexplicable equiparación de dos regímenes que, de conformidad con las disposiciones positivas que rigen nuestro ordenamiento, tendrían que seguir reglas diferentes.

Conclusiones

1. El contrato estatal es, salvo las excepciones taxativamente enunciadas, un contrato solemne, sujeto para su perfeccionamiento a la verificación de la totalidad de las exigencias legales; las cuales, además de las establecidas por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se encuentran plasmadas en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, norma posterior y de fuerza derogatoria superior, que se integró de manera complementaria a lo dispuesto en este sentido por el ECE.

2. El que no se perfeccione el contrato no supone la desprotección absoluta de la posición patrimonial del particular afectado por ello, quien podrá, con base en el principio de equidad y la prohibición del enriquecimiento sin causa de la Administración, perseguir un acuerdo directo que le permita obtener el pago de las sumas por él invertidas en la ejecución de la prestación o acudir con este mismo propósito al juez de lo contencioso administrativo.

3. Pese a la todavía existente falta de claridad al respecto, la falta de perfeccionamiento del contrato estatal por la omisión de los requisitos *ad substantiam actus* legalmente es-

51. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1999, Exp. 11099.

tablecidos hace que la acción procedente para incoar la denominada *actio in rem* verso sea la acción de reparación directa, cuya caducidad habrá de contarse a partir del momento en el cual el afectado se entera de la negativa de la entidad administrativa de reconocer la existencia del acuerdo celebrado.

4. De acuerdo con lo establecido en nuestro ordenamiento positivo y pese a los confusos pronunciamientos de la jurisprudencia administrativa a este respecto, las controversias derivadas de la falta de perfeccionamiento de acuerdos suscritos entre entidades administrativas y particulares, habida cuenta del carácter solemne de los contratos estatales, deberán someterse a las reglas de la responsabilidad extracontractual del Estado.

5. De conformidad con lo anterior, si bien la declaratoria de responsabilidad de la Administración no dependerá de si su obrar puede ser catalogado de culposo o no, la conducta observada por las partes en el curso de la negociación deberá ser un dato valioso para tener en cuenta por el juez al

momento de tasar la indemnización a que puede tener derecho quien resulta afectado por la falta de perfeccionamiento de un contrato estatal, toda vez que la actuación de mala fe por parte del administrado debe ser considerada como una concausa, con la aptitud suficiente para reducir el monto de la indemnización. En tratarse con lo anterior, la valoración positiva de la buena fe, corrección y diligencia de la parte afectada por la falta de perfeccionamiento del contrato como consecuencia de la omisión administrativa consistente en el incumplimiento de las responsabilidades de la entidad contratante frente al manejo de las exigencias presupuestales –por ser un asunto exclusivamente a su cargo–, no puede conducir a la imposición de gravámenes excesivos y desproporcionados a los particulares involucrados en actuaciones de esta índole, motivo por el cual, para no transgredir los mandatos del principio de igualdad, el juez podrá darle un tratamiento análogo al que otorgaría de no haber mediado dicha omisión de la Administración.