

PLIEGO DE CONDICIONES - Noción. Definición. Concepto / PLIEGO DE CONDICIONES - Fundamento / HERRAMIENTAS, INSTRUMENTOS O CRITERIOS HERMENEUTICOS - Aplicables en materia contractual. Regulación normativa / CONTRATACION ESTATAL - Las normas del derecho civil y comercial le son aplicables en su integridad, salvo en las materias particularmente reguladas por la ley

Los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, consagra (...) En esa perspectiva, con arreglo a la ley 80 de 1993 se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoárquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada –civil o comercial–, los generales del derecho y los del derecho administrativo. Como se advierte, toda la actividad contractual de la administración pública se rige por un plexo jurídico bastante amplio que permite la integración de principios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES - Ley del contrato

Conviene estudiar la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones con el fin de identificar la susceptibilidad de interpretación de los mismos, y los criterios hermenéuticos que permiten solucionar los problemas de aplicación. Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular consultar sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, de 28 de abril de 2005, exp. 12025, de 8 de junio de 2006, exp. 15005 y de 8 de junio de 2008, exp. 17783

PLIEGO DE CONDICIONES - Contenido mínimo. Regulación normativa / PROPONENTES - Requisitos objetivos / OFERTA O PROPUESTA - Reglas de selección objetivas, justas, claras y completas / BIENES, OBRAS O SERVICIOS NECESARIOS PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO - Condiciones de costo y calidad / VOLUNTAD DE LA ENTIDAD PUBLICA - Reglas exentas de error / PLIEGO DE CONDICIONES - Prohibición en su contenido desde un marco negativo / ELABORACION DEL PLIEGO DE CONDICIONES - Exigencias, parámetros y principios

El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos, para garantizar la concreción del principio de

transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son, en síntesis, las siguientes: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar. Desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes. De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante.

PLIEGO DE CONDICIONES - Noción. Definición. Concepto / PLIEGO DE CONDICIONES - Etapa precontractual / PLIEGO DE CONDICIONES - Importancia / PLIEGO DE CONDICIONES - Fundamento / PLIEGO DE CONDICIONES - Constituye ley para el procedimiento administrativo de selección del contratista y del contrato a celebrar

En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar

en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 3 de mayo de 1999, exp. 12344

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29, DEROGADO POR LA LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32 Y ESTE ULTIMO MODIFICADO POR LA LEY 1474 DE 2011 - ARTICULO 88 DEL ESTATUTO ANTICORRUPCION

PLIEGO DE CONDICIONES - Preceptos

El pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.

PLIEGO DE CONDICIONES - Sobre el se diseña, estructura y concreta el proceso contractual de la administración pública / PLIEGO DE CONDICIONES - Prevalece sobre el contrato

El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, esta Sala ha puntualizado: "La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es

procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez y consultar de la Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366

PROCESO DE SELECCION DEL CONTRATISTA - No puede operar la discrecionalidad administrativa / DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA - Positiva o material y negativa o formal / PROCESO DE SELECCION DEL CONTRATISTA - Trámite regulado / ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL - Aplicación del principio de planeación

En el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal– en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos. En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 2

ETAPA PRECONTRACTUAL - Potestad discrecional de la administración de la actividad de contenido reglado / ETAPA PRECONTRACTUAL - La facultad de interpretar el pliego de condiciones no puede asimilarse a una decisión

discrecional / ETAPA CONTRACTUAL - Actos propios. Entidades públicas. Venire contra factum proprium / MARCO GENERAL DE CONTRATACION PUBLICA - Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007

La potestad discrecional de la administración de la actividad de contenido reglado. En la etapa precontractual es evidente que el deber de planeación y la sujeción al contenido del pliego de condiciones hace nugatoria toda posibilidad de discrecionalidad por parte de la administración, en los términos del artículo 36 del C.C.A., ya que toda decisión general o particular requerirá de una motivación ajustada a los actos administrativos precontractuales, entre ellos al pliego de condiciones. En otros términos, la facultad de interpretar el pliego no puede asimilarse a una decisión discrecional, ya que, se insiste, en los términos en que la ley 80 de 1993 integró un plexo nomoárquico de derecho general, público y privado, la orientación que se quiso imprimirle por parte del legislador era vincular fuertemente a las entidades públicas en los procesos de selección a las reglas por ellas mismas definidas en los respectivos concursos, sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios (venire contra factum proprium).

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 36

ETAPA PRECONTRACTUAL - Diferenciación entre potestad discrecional de la administración y de la facultad de interpretación o hermenéutica / PLIEGOS DE CONDICIONES - Contenidos en un acto jurídico mixto

De allí que haya lugar a diferenciar entre la potestad discrecional de la administración, de la facultad de interpretación o hermenéutica, esta última permitida no sólo por la ley –de manera expresa– sino necesaria para llenar los vacíos o lagunas que se presenten en el pliego o, en su defecto, las antinomias que puedan desprenderse del texto, exégesis que estará ceñida a los principios generales del derecho (público y privado), a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego, y a la protección del interés general. Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva. Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la facultad de interpretación de los pliegos, consultar sentencia de la Sección Tercera, del 28 de abril de 2005, exo. 12025

PLIEGO DE CONDICIONES - Instrumento hermenéutico. Criterio teleológico

Tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad

que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público. Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

CARGA PROBATORIA - Omisión de allegar acto que contiene el pliego de condiciones / INEXISTENCIA DE CARGA PROBATORIA - Hace imposible analizar de fondo la controversia

En el caso concreto, la Sala advierte un problema toral que impide analizar de fondo la controversia, y que consiste en la ausencia de los pliegos de condiciones como material probatorio allegado al proceso. En efecto, revisado en su integridad el acervo probatorio se tiene que no fue allegado el acto contentivo del pliego de condiciones, circunstancia que impide a esta Corporación valorar en conjunto, sistemática y teleológicamente ese documento y, por lo tanto, definir con precisión si la hermenéutica que le imprimió el municipio demandado al referido acto era el adecuado o, si por el contrario, es válido el razonamiento desarrollado por la demandante en sus escritos de demanda y apelación. En esa línea de pensamiento, existiría una falencia probatoria que sería atribuible a la demandante en la medida que, de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., corresponde la acreditación de los supuestos de hecho de las normas o excepciones invocadas a quien las alega, motivo por el que era imperativo que el extremo activo de la litis hubiera agotado todos los mecanismos y recursos legales pertinentes para que se remitiera con destino al proceso la copia íntegra y auténtica del pliego de condiciones, so pena de estar llamadas al fracaso las súplicas del libelo demandatorio.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

Actor: ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO Y OTROS

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
-CONTRACTUAL-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 29 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“1. Niéganse las peticiones de la demanda.

“2. No se condena en costas.” (fl. 238 cdno. ppal. 2ª instancia - negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 3 de abril de 1998, mediante apoderado judicial, la sociedad comercial Andina de Construcciones Ltda. –de ahora en adelante la demandante–, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Rionegro –en adelante el municipio, la entidad territorial, la contratante o el demandado– y la sociedad Construcciones A.P. y Cia. Ltda. –en adelante también referido como la adjudicataria– con la finalidad de que se decrete y acceda a lo siguiente:

“Primero. Que se anule la Resolución Nro. 4549 del 11 de diciembre de 1997, emanada del Alcalde Municipal de Rionegro, por medio del cual se adjudica un contrato a la empresa Construcciones A.P. y Cia. Ltda.

“Segundo. Que como consecuencia de la nulidad impetrada y para efectos de que se restablezca su derecho a la sociedad demandante, se condene al MUNICIPIO DE RIONEGRO a pagar la indemnización de los perjuicios sufridos por ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA., al no habersele adjudicado el contrato en referencia, no obstante ser su propuesta la más favorable, perjuicios consistentes en el lucro cesante o utilidades dejadas de recibir, que son de la suma de \$100'066.447,00.

“Tercero. Que como consecuencia de las pretensiones anteriores también se condene al MUNICIPIO DE RIONEGRO a pagar a la sociedad demandante la correspondiente actualización monetaria, que conlleve a reconocer en forma plena los perjuicios antes indicados, tomando en cuenta los índices de precios al por mayor certificados por autoridad competente, actualización que se contabilizaría a partir de la fecha de presentación de la propuesta (5 de noviembre de 1997).

“Cuarto. Que sobre el valor histórico actualizado de que trata la pretensión anterior se ordene pagar el interés técnico del seis por ciento anual.

“Quinto. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en la forma y dentro de los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A., indicando que las cantidades líquidas reconocidas devengan intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de este término.

“Sexto. Que se condene en costas a los demandados.” (fl. 53 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El municipio de Rionegro, mediante su Departamento Administrativo de Valorización, abrió la licitación pública No. LP 006 de 1997, cuyo objeto era la “apertura, ampliación y repavimentación de la vía Centro de Convenciones - Tranvía - Puente de la Feria”.

1.1.2. De conformidad con los pliegos de condiciones, el 5 de noviembre de 1997 quedó señalado como fecha límite para la presentación de las propuestas; la sociedad demandante hizo la correspondiente oferta ese día, ajustada al contenido del pliego.

La sociedad Construcciones A.P. y Cia. Ltda., también presentó propuesta para participar en el proceso de selección.

1.1.3. En el numeral 1.12 del pliego de condiciones se señaló que para la evaluación de las ofertas, se tendría en cuenta los siguientes criterios y factores, con sus respectivos puntajes, así: i) precio - puntaje máximo 600, ii) experiencia - puntaje máximo 100, iii) capacidad financiera - 150, iii) equipo ofrecido - 50, iv) cumplimiento en contratos anteriores - 100, para un total de 1000 puntos máximos de calificación de las ofertas, lo que determinaría el orden de elegibilidad de las propuestas y, por lo tanto, de adjudicación del contrato.

1.1.4. En el numeral 1.12.5. del pliego de condiciones se consignó lo siguiente: “CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS ANTERIORES DURANTE EL ÚLTIMO AÑO (100/1000). De acuerdo con la información disponible en relación con el cumplimiento del proponente en la ejecución de contratos estatales durante los últimos cuatro años, se asignará la calificación con base en los siguientes aspectos...”

Por su parte, el numeral 1.8., del mismo acto administrativo, determinaba que si los proponentes encontraran discrepancias, omisiones o tuvieran dudas sobre la licitación o el alcance e interpretación de los pliegos, deberían consultarlo por escrito, a más tardar cinco días calendario antes de la fecha de presentación de las propuestas y el municipio haría, también por escrito, las aclaraciones del caso dentro del plazo previsto.

1.1.5. El 5 de noviembre de 1997, fecha de cierre del proceso licitatorio, la firma adjudicataria presentó una comunicación a la contratante, por medio de la cual solicitaba aclaración a lo dispuesto en el referido numeral 1.12.5., pues mientras que en el encabezado del mismo se hace referencia a “el último año”, luego en el desarrollo del precepto se habla de “cuatro (4) últimos años”.

1.1.6. En oficio No. 33 471 MV, suscrito por la Directora del Departamento Administrativo de Valorización de Rionegro, se comunicó a la firma peticionaria lo siguiente: “(...) el título del numeral 1.12.5 cumplimiento en contratos anterior, de los términos de referencia de la licitación pública (sic) Nro. 06 de 1997, está errado, pues en el primer párrafo del mismo se alude al cumplimiento del proponente en la ejecución de contratos durante los últimos cuatro (4) años y no durante el último año, como aparece en el título”.

1.1.7. Mediante escrito adiado el 14 de noviembre de 1997, Andina de Construcciones Ltda., manifestó al alcalde de Rionegro su desacuerdo con la citada interpretación y/o aclaración modificatoria del pliego de condiciones, con fundamento en las siguientes razones: i) la extemporaneidad en la modificación y/o aclaración de los pliegos –al ser efectuada con posterioridad al cierre de la licitación pública–, ii) la falta de competencia de la administración para interpretar los pliegos, iii) el carácter perentorio y preclusivo de los plazos y términos previstos en el pliego, iv) la inalterabilidad del pliego una vez presentadas las propuestas, v) la ausencia de motivación, y vi) el principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

1.1.8. El 27 de noviembre de 1997, el municipio por conducto del Departamento Administrativo de Valorización, expidió un comunicado por el cual se puso a disposición de los participantes en la licitación pública, la evaluación de las

diferentes propuestas. En esa calificación, la demandante no obtuvo ninguno de los 100 puntos por concepto de “cumplimiento de contratos anteriores”.

1.1.9. La anterior circunstancia obedeció a que el municipio de Rionegro esgrimió la existencia de una sanción impuesta a Andina de Construcciones Ltda., por parte del municipio de Medellín, mediante Resolución No. 1789 del 24 de octubre de 1994, confirmada con la Resolución No. 490 del 21 de marzo de 1995 (ambas proferidas por el alcalde de Medellín) con ocasión del desarrollo del contrato No. 044 de 1994, no obstante que la misma, como se advierte, ocurrió más allá del último año y que no debió ser tenida en cuenta, puesto que fue decretada con fundamento en la legislación contractual anterior, que no tenía prevista la amonestación consistente en el registro en las Cámaras de Comercio y la comunicación a las demás entidades estatales, de las declaratorias de incumplimiento e imposición de multas.

1.1.10. De otro lado, en la evaluación de las propuestas se indicó que se efectuó una interpretación gramatical para resolver el punto relativo a la disparidad contenida en el numeral 1.12.5. de los pliegos, sobre “cumplimiento de contratos anteriores”, razón por la que debe entenderse que la exigencia corresponde a los últimos cuatro años.

1.1.11. Así mismo, en la calificación de las ofertas se asignaron sólo 10 puntos a Andina de Construcciones Ltda., en el criterio relacionado con equipo mínimo disponible, con base en que la sociedad no acreditó la propiedad de la maquinaria descrita en la propuesta.

1.1.12. El mayor puntaje asignado en el acto de evaluación correspondió a la sociedad Construcciones A.P. y Cia. Ltda., con un total de 939,82 puntos, mientras que el asignado a Andina de Construcciones Ltda., fue de 811,20 puntos.

La propuesta de Andina de Construcciones Ltda., fue la más conveniente o favorable a la entidad, razón por la que, de habersele sumado los 100 puntos correspondientes al cumplimiento de contratos anteriores, y los 40 por concepto de equipo mínimo requerido, su puntaje total habría sido de 952,20 puntos, es decir, habría sido el proponente adjudicatario.

El 11 de diciembre de 1997, se efectuó la adjudicación de la licitación pública, mediante Resolución No. 4549, suscrita por el Alcalde de Rionegro y el Secretario de Gobierno, a favor de Construcciones A.P. y Cia. Ltda., acto administrativo que fue notificado personalmente a la adjudicataria y por estrados a los demás oferentes no favorecidos.

1.2. La demandante indicó como infringidos los artículos 29 de la Constitución Política, 24, 25, 29 y 30 de la ley 80 de 1993, el 84 del C.C.A., y los numerales 1.8., 1.10., 1.12., y 1.14., del pliego de condiciones de la licitación pública No. 06 de 1997. El concepto de la violación, fue desarrollado en los siguientes términos:

1.2.1. La imposibilidad de efectuar cualquier tipo de interpretación, aclaración o modificación a los pliegos de condiciones, con posterioridad al cierre del proceso de selección, circunstancia por la que la aclaración introducida por el municipio fue extemporánea.

1.2.2. El municipio no podía valorar la sanción impuesta por el municipio de Medellín a Andina de Construcciones Ltda., comoquiera que la misma se apoyó en el estatuto de contratación administrativa anterior al aplicable al proceso de selección No. 06 de 1997.

Aunado a lo anterior, en el pliego de condiciones no se definió el período sobre el cual podrían consultarse las sanciones a los proponentes –así como la afectación de la evaluación de la propuesta por ese concepto– razón por la que se convertiría esa pena en imprescriptible, lo cual es inadmisibles a la luz de la Constitución Política.

1.2.3. Ausencia o falta de motivación de la Resolución No. 4549 de 1997, por medio de la cual se adjudicó el contrato, toda vez que no se seleccionó la mejor y más conveniente propuesta.

1.2.4. Desviación de poder al haber adjudicado el contrato a un proponente que no había presentado la mejor propuesta, lo que es indicativo que la decisión no resulta adecuada a los fines de la licitación.

1.3. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda el 29 de julio de 1998 (fl. 61 cdno. ppal.); en providencia del 24 de abril de 2000, se abrió a

pruebas el proceso (fls. 90 cdno. ppal.) y, por último, en auto del 20 de marzo de 2001, se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 184 y 185 cdno. ppal.).

1.4. Notificada la demanda, el municipio de Rionegro la contestó para solicitar se despacharan negativamente las pretensiones allí contenidas. Como basamento de sus afirmaciones, puntualizó:

1.4.1. Los pliegos de condiciones no fueron modificados, simplemente ante la advertencia hecha por Construcciones AP y Cia. Ltda., se determinó cual era la interpretación y alcance que debía darse al requisito de la acreditación “del cumplimiento de contratos anteriores”, para concluir que prevalecía el texto del articulado sobre el título del mismo.

1.4.2. Los pliegos sí pueden ser objeto de hermenéutica, de forma tal que frente a una contradicción entre el epígrafe de la norma y su texto o cuerpo, debe prevalecer este último. De manera que, habría obrado mal la administración si, en lugar de hacer prevalecer la real voluntad, se hubiera inclinado por darle primacía al título de la norma, ya que éste carece de todo valor o fuerza normativa.

1.4.3. La evaluación de la propuesta no tiene carácter sancionatorio; tiene razón la demandante al señalar que en materia administrativa y contractual resulta predicable el artículo 29 de la Constitución Política, pero yerra al fundamentar su aplicación, porque si bien la sanción de un contratista del Estado tiene carácter punitivo, la decisión de escoger a quién colaborará con la administración en la ejecución de un contrato es de una naturaleza muy distinta. En estos eventos el comportamiento pasado se tiene como una condición de elegibilidad, o de puntualidad, pero en modo alguno puede afirmarse que se esté sancionado a un proponente.

1.4.4. La administración tuvo claridad en que el equipo inscrito en el registro de proponentes “RUP” tenía efectos para determinar la capacidad del proponente, de modo que se daba por hecho que todos los participantes debían disponer del equipo que correspondía a su capacidad inscrita. De ahí que el equipo que entraba a considerarse para efectos de asignación del puntaje sería el adicional, tanto así que en la adjudicación se precisó: “(...) no era necesario relacionar el equipo propio que apareciera inscrito en el certificado de la Cámara de Comercio”.

Así las cosas, la resolución de adjudicación está debidamente motivada, al punto que alude a los argumentos aducidos por la sociedad demandante y los rebate, para acoger en su integridad la evaluación de las propuestas, factor más que objetivo.

1.5. En auto del 20 de marzo de 2001, se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, oportunidad en la que intervino la demandante para reiterar los planteamientos contenidos en el libelo demandatorio (fls. 186 a 193 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 29 de junio de 2003, el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda. En criterio de esa Corporación, ninguno de los cargos de nulidad propuestos contra el acto acusado se encuentra probado fáctica y jurídicamente, ya que se demostró que la administración adjudicó correctamente el contrato.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(…) Para el Tribunal, el oficio dirigido por la Directora del Departamento Administrativo de Valorización del municipio de Rionegro, no modificó el pliego de condiciones, ni rompió el equilibrio entre los proponentes, pues el texto conserva su validez. Además la citada funcionaria carecía de competencia para modificar los términos de referencia de la licitación, enmarcándose su actuar en la respuesta a un derecho de petición, en la que expone su criterio sobre la forma en que debe entenderse la contradicción presentada en el título y la materialización del texto.

“(…) En síntesis, la administración de Rionegro actuó correctamente al no otorgarle cien (100) puntos a Andina de Construcciones, por no cumplir con el numeral 1.12.5. del pliego de condiciones; el cual exigía para tener derecho a ese puntaje, haber ejecutado sin sanciones o multas impuestas mediante actos administrativos, los contratos estatales durante los últimos cuatro (4) años, cosa que no acreditó la sociedad demandante pues sobre ella pesaba una sanción impuesta por el Alcalde de Medellín, que para el momento de la evaluación de la propuesta se encontraba amparada por la presunción de legalidad del acto administrativo.

“En consecuencia, la administración adjudicó correctamente el contrato...

“Considera la Sala, que la sociedad demandante fue mal evaluada en el acápite del equipo que debía acreditarse como propio, pues el

municipio de Rionegro la calificó con diez (10) puntos de cincuenta (50) posibles, mientras que lo correcto era concederle los cincuenta (50) puntos, pues Andina de Construcciones, acreditó que los equipos que ofrecía eran propios, tal como aparece en el registro de Cámara de Comercio exigido por el numeral 1.10.12., del pliego de condiciones, visible a folio 45 del anexo 2.

“(...) Al tenor del artículo 30 - 10 de la ley 80 de 1993, no encuentra la Sala mandato que indique que si la adjudicación se hace en audiencia pública se tenga que proferir acto administrativo motivado, diferente al acta que contenga el desarrollo de la audiencia, donde deba plasmarse cuáles son propuestas fueron rechazadas o eliminadas, y cuáles a pesar de cumplir con todos los requisitos no fueron consideradas la oferta más favorable a la entidad en ese momento.

“(...) No obra en el expediente, medio de convicción tendiente a probar fehacientemente que la adjudicación del contrato, obedeciera a concertaciones, acuerdos, maquinaciones, etc., que demuestren un interés personal o político de favorecer a la firma Construcciones A.P. y Cia. Ltda.

“(...) Como se desprende de la documentación visible a folios 166 a 172, la adjudicación se realizó teniendo en cuenta los porcentajes y criterios señalados en el pliego de condiciones o términos de referencia.

“(...)” (fls. 218 a 238 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la demandante la recurrió en apelación, recurso que fue concedido por el *a quo* en proveído del 4 de agosto de 2003 (fl. 248 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 5 de diciembre de 2003 (fl. 252 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado como se expone a continuación (fls. 241 a 247 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. No se comparte la interpretación que el Tribunal de primera instancia efectúa del numeral 1.12.5. de los pliegos de condiciones, puesto que se refiere al “contexto gramatical” de la norma, cuando es precisamente del mismo que se deriva la contradicción, ya que existen dos textos distintos, uno que hace referencia a un año, mientras que el otro a cuatro. Por consiguiente, no es posible acudir al método gramatical para efectuar la hermenéutica de la disposición.

3.2. En ese orden de ideas, se debió acudir al principio constitucional de favorabilidad, contenido en el artículo 29 de la Carta Política, para solucionar el conflicto normativo que se presentaba, así como al artículo 31 del Código Civil, que preceptúa que respecto de normas sancionatorias la interpretación debe ser restrictiva.

De otra parte, al acudir al principio de hermenéutica consistente en que los errores se interpretan en contra de quien redactó el contrato, se ha debido acoger la postura según la cual el requisito exigido sólo correspondía al año anterior a la celebración del negocio jurídico.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con el artículo 38 del C.C.A., lo procedente era eliminar la opción de cuatro años, ya que la caducidad de acciones relativas a sanciones administrativas es de tres años.

3.3. No era viable que se tuviera en cuenta la sanción impuesta por el municipio de Medellín en la ejecución del contrato No. 044 de 1994, ya que la misma fue decretada por autoridad incompetente en la materia, tal y como lo declaró el mismo Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 24 de noviembre de 2000, al declarar la nulidad de la pena impuesta.

De modo que, sin que se pretenda hacer valer en este proceso la referida sentencia, lo cierto es que en su momento la demandante adujo ante el municipio de Rionegro esas mismas razones de incompetencia, sin que fueran tenidas en cuenta al momento de la valoración.

Además, por tratarse de una sanción aplicada con base en la legislación contractual estatal anterior, no era posible tener en cuenta la misma al momento de calificar la oferta en el proceso licitatorio No. 06 de 1997.

3.4. Es cierto que no existe norma que exija motivación para el acto administrativo que hace la adjudicación dentro de la audiencia señalada para esos efectos, como tampoco se encuentra una disposición que la haga obligatoria para muchos otros actos administrativos que se pueden llegar a dictar dentro del proceso contractual; ello no quiere decir que no se requiera de la misma, toda vez que el numeral 7 de la ley 80 de 1993, puntualiza: "(...) *los actos administrativos que se expidan en la*

actividad contractual o con ocasión de ella..., se motivarán en forma detallada y precisa...". En el caso concreto, el municipio no motivó el acto administrativo de adjudicación.

4. Alegatos de conclusión

En providencia del 30 de enero de 2004, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, etapa en la que se guardó silencio (fl. 254 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) hechos probados; 3) valoración probatoria y conclusiones, y 4) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor individualmente considerada asciende a \$100'066.447,00, y es superior a la cuantía exigida para que un proceso iniciado en el año 1998, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$18'850.000,00., de conformidad con las reglas establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. Hechos probados

Del acervo probatorio que integra el proceso se destaca:

2.1. Copia íntegra y auténtica de la Resolución No. 4187 del 25 de septiembre de 1997, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública No. 006 de 1997, relacionada con la ampliación rehabilitación y pavimentación de la vía centro de convenciones, tranvía y puente de la feria (fls. 149 a 150 cdno. ppal.).

2.2. Copia íntegra y auténtica de la Resolución No. 4549 del 11 de diciembre de 1997, a través de la cual el Alcalde de Rionegro adjudicó la licitación pública No. 06-97, documento en el que se consignó:

“(...) **RESUELVE:**

“**ARTÍCULO PRIMERO:** Adjudicar el contrato de obra pública de la licitación LP 06-97 consistente en la ejecución de la AMPLIACIÓN, REHABILITACIÓN Y PAVIMENTACIÓN VÍA CENTRO DE CONVENCIONES - TRANVÍA - PUENTE DE LA FERIA, por un valor de \$1.660'362.904,00 UN MIL SEISCIENTOS SESENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS M/L., con un plazo de ejecución de cuatro (4) meses, a la firma CONSTRUCCIONES A.P. Y CIA. LTDA.

“**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notifícase personalmente el contenido de la presente resolución al Doctor Orlando Usquiano Agudelo, en calidad de apoderado del Representante Legal de la firma Construcciones A.P. y Cia. Ltda., y a los demás proponentes la Resolución se entiende comunicada en el acto de la audiencia pública en estrados.

“(...)” (fls. 156 a 160 cdno. ppal. - mayúsculas y negrillas del original).

2.3. A folio 162 del cuaderno principal obra copia íntegra y auténtica del oficio suscrito por la Directora del Departamento Administrativo de Valorización de Rionegro, adiado 5 de noviembre de 1997, dirigido al señor Alberto Posada Díaz, representante legal de la sociedad Construcciones AP y Cia. Ltda., en el que se puntualizó:

“Dando respuesta al oficio de la referencia, me permito comunicarle que, efectivamente el título del numeral 1.12.5 cumplimiento en contratos anteriores, de los términos de referencia de la licitación pública #06 de 1997, está errado, pues en el primer párrafo del mismo, se alude al cumplimiento del proponente en la ejecución de contratos durante los últimos cuatro (4) años y no durante el último año, como aparece en el título.

“(...)”

2.4. Copia íntegra y auténtica del acto de evaluación de las propuestas de la licitación pública 006 de 1997:

“(...) **2. Cumplimiento en contratos anterior:**

“El primer párrafo del numeral 1.12.5 de los pliegos de condiciones establece: “De acuerdo con la información disponible en relación con el cumplimiento del proponente, en la ejecución de contratos estatales, durante los últimos 4 años, se asignará la calificación con base en los siguientes aspectos: “para efectos de la calificación del cumplimiento en contratos anteriores, se adoptó el párrafo citado, en su integridad, atendiendo el tenor literal del mismo. En este orden de ideas, teniendo como base, la sentencia del Consejo de Estado, de mayo 7 de 1993, Sección Tercera, se decidió hacer una interpretación gramatical, en concordancia con el artículo 27 del Código Civil Colombiano, que establece: “cuando el sentido de una ley sea claro, no desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.”

“Igualmente se transcribe, parte de la sentencia del Consejo de Estado antes mencionado: “**JURISPRUDENCIA.- El pliego de condiciones también puede ser objeto de interpretación.** El pliego de condiciones en razón de las normas de derecho que contiene, reguladoras del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en desarrollo del concurso. Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teológico a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administrativo.”

“(…)

“Puntaje total	Puntos	Orden
“Jesús Alirio Monsalve - R. Excavaciones Ltda. 9	629,28	
“Andina de Construcciones Ltda.	811,20	4
“Construcciones A.P. y Cia. Ltda. 1	939,82	
“Unión Temporal ACA Ltda. - Vías S.A.	772,93	5
“Pavicol Ltda.	896,64	2
“Constructora Antares	566,97	10
“Conalvías	757,96	6
“Procopal S.A.	690,19	8
“Consortio Asfaltadora Colombia - Ágil Ltda.	756,67	7
“Excavar Ltda.	823,55	3

“(fls. 164 a 172 cdno. ppal. - mayúsculas y negrillas del original, subrayado adicional).

2.5. Copia íntegra y auténtica de la comunicación del 14 de noviembre de 1997, por medio de la cual el Gerente de Andina de Construcciones Ltda., pone de presente al Alcalde municipal de Rionegro, los siguientes aspectos:

“(...) Respetuosamente manifestamos nuestro rechazo a la comunicación 33 471 MV, recibida el 7 de noviembre de 1997, mediante la cual se pretende hacer una extemporánea modificación o aclaración a los términos del pliego de condiciones correspondientes a la licitación pública No. 006 de 1997, relativa a la “apertura, ampliación y repavimentación vía centro de convenciones tranvía - puente de la feria”, rechazo que sustentamos en las siguientes consideraciones:

“En caso de que el municipio necesite hacer modificaciones aclaratorias al pliego de condiciones, se informará por escrito a todas y cada una de las personas que retiraron el pliego de condiciones, antes de los tres (3) últimos días calendario de la fecha prevista para la presentación de las propuestas.

“Si los proponentes encontraren discrepancias u omisiones en los documentos referentes a la licitación, o tuvieran dudas acerca de su interpretación..., deberán consultarlo por escrito, a más tardar cinco (5) días calendario antes de la fecha de presentación de la propuesta, y el municipio hará también por escrito las aclaraciones del caso, dentro del plazo previsto para tal efecto en este numeral.”

“Pese a lo dispuesto en la norma, y a que la fecha límite máxima para la presentación de propuestas fue el día 5 de noviembre de 1997, mírese que el oficio de Construcciones A.P. y Cia. Ltda., es del 5 del presente mes y entregado posterior al cierre de la licitación y que la respuesta lleva la misma fecha, para la cual ya había pasado ese tiempo límite fijado en la norma transcrita.

“2. Dado lo anterior, la Administración carecía de competencia para interpretar, corregir o modificar el pliego de condiciones, y es que las normas contenidas en el pliego de condiciones también obligan a la administración...”

“(...) 5. Independientemente de que ya no pueda existir una interpretación, corrección o modificación oficial sobre el tema, sin embargo nos permitimos advertir que, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional la conclusión debe ser la consistente en que el término es el de un (1) año, y no cuatro (4), dentro del cual se aprecien sanciones por incumplimiento para la resta del puntaje tal y como explicamos a continuación.

“(...)” (fls. 173 a 176 cdno. ppal.)

2.6. De folios 177 a 179 del cuaderno principal obra copia íntegra y auténtica de la comunicación del 5 de diciembre de 1997, signada por el Gerente de Andina de Construcciones Ltda., y dirigida al Alcalde de Rionegro, con el fin de manifestar las respectivas inconformidades con la evaluación de las propuestas, de manera puntual, en relación con dos ítems: i) el equipo mínimo certificado y ii) el cumplimiento en contratos estatales anteriores.

2.7. Del folio 100 al 120 del cuaderno principal, se aprecia dictamen pericial rendido por dos ingenieras en relación con la utilidad dejada de percibir por Andina de Construcciones Ltda., en caso de que se acceda a las pretensiones formuladas.

3. Valoración probatoria y conclusiones

De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., y según los lineamientos contenidos en la sentencia del 9 de marzo de 2012, exp. 21.060¹, por medio de la cual la Sala Plena de la Sección unificó la jurisprudencia en relación con el contenido y alcance del recurso de apelación, el análisis se restringirá en esta instancia a los motivos y cargos indicados en el memorial de apelación, esto es, a partir del siguiente derrotero: i) las consideraciones sobre la interpretación del numeral 1.12.5., del pliego de condiciones de la licitación No. 06 de 1997, ii) la improcedencia de restar puntaje por la sanción impuesta a la demandante, con independencia de la antigüedad de la misma, y iii) conclusiones finales.

3.1. La interpretación de los pliegos de condiciones:

Considera la actora que erró el Tribunal de primera instancia porque para definir el contenido y alcance del numeral 1.12.5. de los pliegos de condiciones, se ha debido acudir a los siguientes principios hermenéuticos: i) el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 superior, ii) el principio de interpretación restrictiva del artículo 31 del Código Civil, respecto a las normas sancionatorias, iii) la interpretación desfavorable en contra del contratante que redactó las cláusulas del negocio jurídico suscrito (art. 1624 del Código Civil), y iv) la caducidad de las acciones relativas a sanciones administrativas, contenida en el artículo 38 del C.C.A.

Lo primero que corresponde definir es la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, con el fin de establecer qué parámetros hermenéuticos le son aplicables y, por lo tanto, analizar y resolver los cargos formulados por la demandante.

¹ M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

No debe perderse de vista que los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.

De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, consagra:

“De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

En esa perspectiva, con arreglo a la ley 80 de 1993 se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoárquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada –civil o comercial–, los generales del derecho y los del derecho administrativo.

Como se advierte, toda la actividad contractual de la administración pública se rige por un plexo jurídico bastante amplio que permite la integración de principios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual: *“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*

Ahora bien, conviene estudiar la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones con el fin de identificar la susceptibilidad de interpretación de los mismos, y los criterios hermenéuticos que permiten solucionar los problemas de aplicación.

Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación

y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado:

“(...) el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, este es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo -en tanto no se agota con su aplicación- y se expide en ejercicio de la función administrativa.

“Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un sólo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

“Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como “acto administrativo”, naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general², puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios³; pero igualmente tiene vocación para convertirse en “cláusula contractual”, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

“En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.”⁴

“.....
.....

“Así, el pliego de condiciones diseñado por la Administración, con la naturaleza anotada, debe ser aplicado estrictamente, en la selección del contratista, e igualmente, corresponde a los proponentes acatar totalmente dichas regulaciones al presentar sus ofrecimientos.

² Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.
³ Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.
⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

“Estos mandatos recíprocos, en orden a garantizar la selección objetiva del proponente que presente la oferta más favorable para los intereses del Estado, imponen a la Administración el deber legal de mantener inmodificable el pliego de condiciones, con posterioridad a la presentación de los ofrecimientos o cierre de la licitación, a fin de preservar principios fundamentales de la contratación, referidos a la libertad de concurrencia, igualdad, imparcialidad y buena fe.

“El efecto vinculante del pliego de condiciones ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala en repetidas oportunidades, en este sentido, en sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 12344, sostuvo:

“...Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

“(..)

“En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.⁵

“En sentencia posterior, ratificó el carácter vinculante del pliego de condiciones. A continuación se transcriben los apartes pertinentes:

“...y como ya lo ha dicho la Sala, los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar”⁶

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, Exp. 12344, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 12025, M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

“Y en sentencia de 8 de junio de 2006, se pronunció en los siguientes términos:⁷

“[E]n tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”

“La jurisprudencia reseñada evidencia con total claridad, que el pliego de condiciones al constituir la ley del contrato, se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas, con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación. El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.”⁸

El contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos, para garantizar la concreción del principio de transparencia; esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son, en síntesis, las siguientes: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv)

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp.15005, M. P. María Elena Giraldo Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2008, exp. 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.

A contrario sensu, desde un marco negativo los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes.

De modo que, bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante⁹.

En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta.

⁹ "Conforme a lo anterior, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en esta ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisón de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista." MATALLANA Camacho, Ernesto "Manual de contratación de la administración pública", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2009, pág. 289.

Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia¹⁰, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.¹¹

En ese orden de ideas, el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii)

¹⁰ Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que "mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir, claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de julio de 2001, exp. 13681, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.

Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último¹².

Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de *“ley de la licitación”* y *“ley del contrato”*”¹³, en cuanto que sus disposiciones si

¹² Al respecto, esta Sala ha puntualizado: “La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

¹³ “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado **“la ley del contrato”** por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196).

bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.

“Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes, así como los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

“Los primeros permiten y determinan la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes¹⁴; los segundos posibilitan la selección de la mejor propuesta, esto es están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores ambiguos o elementos subjetivos puedan tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal.

“La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹⁵, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual; su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la Administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta plasmados en los pliegos de condiciones para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, de forma tal que se pueda escoger

¹⁴ Los requisitos de participación de los oferentes podían ser objeto de calificación antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007; en la actualidad, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 5º de la Ley 1150, los mencionados requisitos son objeto de verificación de cumplimiento, como habilitantes para la participación en el procedimiento administrativo de selección y, salvo en los procesos de selección de sólo experiencia específica, no otorgan puntaje, tal como lo consagra el numeral 1 del mencionado artículo 5o, cuyo texto es el siguiente:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.”

¹⁵ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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 ellas en la consecución de dichos fines”.

aquel que resulte más favorable para los fines e intereses de la entidad estatal.

“En suma, resulta menester que los criterios de selección que se consagren en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la Administración seleccionar la mejor propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a proponer; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los respectivos pliegos de condiciones.

“De ahí que la Sala considere que si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato.¹⁶

“Es por esto que, por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Cfr. artículos 24 numeral 5, apartes b y c; 25 numeral 3 y ss.; y 26 numerales 1 y 3, entre otros, de la Ley 80 de 1993).”¹⁷

Por lo tanto, en el proceso de selección del contratista existe una fuerte regulación que restringe de manera sustancial el poder discrecional de la administración pública, toda vez que en la etapa precontractual se está frente a procedimientos rígidos y altamente reglados que impiden decisiones sujetas a la discrecionalidad.

¹⁶ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En ese sentido, considera esta Sala que en el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal–¹⁸ en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos. En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación¹⁹, postulado que hace exigible

¹⁸ “Las definiciones materiales o positivas de discrecionalidad parten de considerar que la figura en cuestión opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley. Para este tipo de concepciones de la discrecionalidad administrativa, ésta surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional». En este sentido, la definición más difundida de la discrecionalidad administrativa, por relación al interés público o general, es la de Giannini, para quien la discrecionalidad no es otra cosa que la valoración o apreciación que la Administración realiza de dicho interés público, valoración que se traduce en una dialéctica entre los intereses implicados en el caso bajo examen, a ser realizada por el órgano competente de la siguiente manera: dicho órgano se encuentra jurídicamente obligado a actuar en pro de la consecución de un «interés primario» —el interés general— que, de ordinario, le viene señalado por el ordenamiento. Durante el transcurso de su actuación el órgano administrativo deberá, asimismo, ponderar o comparar qué «intereses secundarios» —públicos o privados— merecen ser tenidos en cuenta o precisan ser sacrificados para la satisfacción del «interés primario». Por su parte, las catalogadas como definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad ponen el acento no ya en el objeto de la misma —esto es, como se veía, la apreciación o integración del interés público en el caso concreto—, sino en la forma en que se configura, entendiéndosela como un espacio o ámbito de decisión no regulado o regulado solo de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, por tanto, ha decidido otorgar a la Administración. Se trata, entonces, de una serie de definiciones que concentran la discrecionalidad en la existencia de un margen de decisión que la norma habilitante de la facultad administrativa confiere al órgano que la actúa, por la vía de dejar un espacio vacío que habrá de ser rellenado por éste recurriendo a la utilización de criterios no siempre explicitados por el Derecho. Entran aquí en juego todas las teorías de acuerdo con las cuales las fórmulas empleadas por la legislación son claves para establecer la existencia o no de facultades administrativas discrecionales (la utilización de expresiones como «podrá», por ejemplo), al igual que la densidad de la programación que la norma habilitante de la facultad efectúa del ámbito de actividad administrativa que regula. Este tipo de definiciones formales o negativas de la discrecionalidad son más frecuentes en la doctrina que las materiales antes mencionadas. Estas definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad administrativa son, por lo demás, las habituales en la jurisprudencia nacional, en la que es frecuente definir la discrecionalidad negativamente o contrastándola con las facultades administrativas configuradas de manera reglada. La relativa libertad decisional en que la discrecionalidad consiste, entonces, se deriva de la débil vinculación positiva que la legislación efectúa del ámbito de actividad administrativa de que se trate. Tal es el criterio que permite que un acto sea clasificado como discrecional, es decir, dictado en virtud de la competencia que las normas legales hayan otorgado al agente público dejándole en libertad de escoger el sentido y la oportunidad en que ha de ejercerla.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

¹⁹ “Como actuación administrativa, debe estar sustentada o soportada en los estudios previos y con fundamento en el deber de planeación. Corresponde a un proceso de participación de los particulares tendente a que se cumplan los fines de la contratación estatal y a la salvaguarda de los principios que orientan el deber de selección objetiva.

“Consonante con la marcada protección a los derechos de los particulares y a la interdicción de la arbitrariedad de la administración, como elemento de equilibrio frente a sus potestades, se resalta la importancia de la motivación de los actos de la administración como elemento de validez de los

que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones.

Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993²⁰. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias²¹.

En esa perspectiva, es preciso distinguir la potestad discrecional de la administración de la actividad de contenido reglado. En la etapa precontractual es evidente que el deber de planeación y la sujeción al contenido del pliego de condiciones hace nugatoria toda posibilidad de discrecionalidad por parte de la administración, en los términos del artículo 36 del C.C.A., ya que toda decisión general o particular requerirá de una motivación ajustada a los actos administrativos precontractuales, entre ellos al pliego de condiciones. En otros términos, la facultad de interpretar el pliego no puede asimilarse a una decisión discrecional, ya que, se insiste, en los términos en que la ley 80 de 1993 integró un plexo nomoárquico de derecho general, público y privado, la orientación que se

actos y del proceso." GONZÁLEZ López, Edgar "El pliego de condiciones en la contratación estatal – La reforma en la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 55.

²⁰ En este punto, la ley 80 de 1993, se acerca en mayor medida a una teoría del derecho de índole neousnaturalista, de manera concreta, a la contenida en los lineamientos trazados por el profesor Ronald Dworkin, al aceptar la posibilidad de que los jueces acudan a principios y valores para la determinar la interpretación normativa. Por el contrario, la posición de reconocer autonomía o discrecionalidad al operador jurídico para fijar la exégesis de las disposiciones legales, administrativas o contractuales, es una postura típica del positivismo analítico del también profesor H.L.A. Hart, cuando reconoce que en los vacíos jurídicos o en los casos difíciles la solución debe provenir de la discrecionalidad del respectivo operador normativo.

²¹ Artículo 25.- *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio:

"(...) 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias."

quiso imprimirle por parte del legislador era vincular fuertemente a las entidades públicas en los procesos de selección a las reglas por ellas mismas definidas en los respectivos concursos, sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios (*venire contra factum proprium*).

En otros términos, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, constituyen el marco general de la contratación pública, bases sobre las cuales se debe desarrollar el procedimiento de selección del contratista, para lo cual es imperativo que se surtan los correspondientes estudios previos que soporten la elaboración del pliego de condiciones, en atención a la necesidad que se va a satisfacer (objeto del contrato) y el respeto irrestricto al interés público. Luego, una vez elaborado el pliego de condiciones, la administración pública queda sometida a un proceso eminentemente reglado que impide que se adopten decisiones discrecionales –al margen que atiendan al interés público o general– ya que siempre será imperativo que la administración –inclusive cuando interprete el pliego– sustente y motive las razones por las cuales adopta una decisión, para lo cual se apoyará en los conceptos técnicos y jurídicos contenidos en el pliego de condiciones.

De allí que haya lugar a diferenciar entre la potestad discrecional de la administración, de la facultad de interpretación o hermenéutica, esta última permitida no sólo por la ley –de manera expresa– sino necesaria para llenar los vacíos o lagunas que se presenten en el pliego o, en su defecto, las antinomias que puedan desprenderse del texto, exégesis que estará ceñida a los principios generales del derecho (público y privado), a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego, y a la protección del interés general.

Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva.

Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, es posible

que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.

En relación con la facultad de interpretación de los pliegos, la Sección ha puntualizado:

“Con relación a la interpretación del pliego de condiciones con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación.”²²

“.....
.....

“El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. **Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia**, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, **se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata**. Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva. **La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico** v. gr. contravención de norma de orden

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 12025, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.”²³

“.....
.....

“Conviene igualmente advertir que, so pretexto de interpretar el pliego, no resulta procedente alterar o inaplicar sus condiciones, porque con ello se violarían los principios que rigen la selección del contratista. **Se tiene entonces que procede la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido “que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública”**. En efecto, el municipio exigió acreditar la propiedad de los equipos mediante “documentos de compraventa” y la sociedad demandante no compró la formaleta sino que la “construyó”, lo que le impidió traer los aludidos documentos y determinó la pérdida de puntaje por este ítem. Respecto de la prueba de la propiedad de la formaleta, la Sala, en aplicación de las consideraciones precedentes, encuentra, al igual que el Tribunal a quo, que la sociedad demandante la acreditó en forma suficiente y clara. Si lo querido por la entidad era que los proponentes acreditaran la propiedad o la disponibilidad de la formaleta, y aportó certificación que da cuenta de que dentro de sus activos hay más de 3000 m² de formaleta, el requisito está suficientemente cumplido. En el caso concreto se presentó un evento no previsto en el pliego, que al ser resuelto mediante su estricta aplicación produce una decisión abiertamente injusta, pues determina la descalificación de un ítem de la propuesta presentada por la sociedad demandante, que demostró el cumplimiento del mismo requisito, pero con otro medio de prueba. Procede por tanto reconocer que el demandante probó la propiedad de la formaleta y por ende cumplió el referido requisito.”²⁴

“.....
.....

“El pliego de condiciones, en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier otra norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso. Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1999, exp. 12344, M.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2004, exp. 13146, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada. En el presente caso, la necesidad de aportar las dos constancias previstas en los pliegos de condiciones no puede tener Finalidad distinta de asegurar que la licitación y el contrato se adjudiquen a una persona con la suficiente experiencia en el ramo de que se trate. Si la proponente que resultó favorecida había sido conocida con anterioridad, y de modo directo, por la entidad licitante la cual, por lo mismo, estaba en capacidad de certificar su seriedad e idoneidad, no se ve obstáculo alguno para que utilizara ese conocimiento en la evaluación de las ofertas sin que por ese solo hecho se pueda apreciar quebranto o infracción al principio de igualdad de los licitadores.”²⁵ (Negrillas y subrayado de la Sala).

Como se advierte de los pronunciamientos reseñados, es imposible que la administración pública prevea todas las circunstancias que se pueden presentar a lo largo del procedimiento de selección, aunado al hecho de que como todo acto jurídico es posible que el pliego contenga ciertos vacíos o lagunas –con independencia de que se trate de un acto extremadamente reglado– razón por la que es factible que se presenten problemas hermenéuticos típicos de cualquier norma o precepto, razón por la que es preciso que el operador acuda a los postulados fijados por el legislador para brindar herramientas interpretativas; en el caso contractual administrativo, el estatuto de contratación de la administración pública remite a los principios de la función administrativa, a los generales del derecho, a los propios del derecho privado –civil y/o comercial–, y a los particulares del derecho administrativo.

Ahora bien, tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 1993, exp. 5906, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

A modo de colofón, la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la "*lectura o interpretación conforme*" a los principios aplicables a la contratación estatal. De modo que, el municipio de Rionegro estaba facultado para solucionar la contradicción que fue advertida respecto del numeral 1.12.5., relacionada con el cumplimiento de contratos previos con la administración.

En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos – de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad²⁶.

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones.

En otros términos, la administración pública cuenta con una compleja gama de herramientas nomoárquicas que le permiten salvaguardar el proceso licitatorio frente a posibles lagunas o problemas interpretativos que se presenten en el pliego de condiciones.

²⁶ Al respecto, consultar los artículos 25 a 32 del Código Civil.

Ahora bien, el hecho de que la ley y la jurisprudencia hayan reconocido en cabeza de la administración estatal la facultad o potestad de interpretación de los pliegos de condiciones, ello no puede constituir una patente de corso para que las entidades elaboren pliegos ambiguos, confusos, anfibológicos, farragosos, sinuosos, inasibles u abstrusos; por el contrario, la exigencia legal consiste en que, se itera, aquéllos sean claros y precisos.

En el caso concreto, la Sala advierte un problema toral que impide analizar de fondo la controversia, y que consiste en la ausencia de los pliegos de condiciones como material probatorio allegado al proceso. En efecto, revisado en su integridad el acervo probatorio se tiene que no fue allegado el acto contentivo del pliego de condiciones, circunstancia que impide a esta Corporación valorar en conjunto, sistemática y teleológicamente ese documento y, por lo tanto, definir con precisión si la hermenéutica que le imprimió el municipio demandado al referido acto era el adecuado o, si por el contrario, es válido el razonamiento desarrollado por la demandante en sus escritos de demanda y apelación.

En esa línea de pensamiento, existiría una falencia probatoria que sería atribuible a la demandante en la medida que, de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., corresponde la acreditación de los supuestos de hecho de las normas o excepciones invocadas a quien las alega, motivo por el que era imperativo que el extremo activo de la litis hubiera agotado todos los mecanismos y recursos legales pertinentes para que se remitiera con destino al proceso la copia íntegra y auténtica del pliego de condiciones, so pena de estar llamadas al fracaso las súplicas del libelo demandatorio.

No obstante lo anterior, de aceptarse como plena prueba del contenido de los pliegos, la auténtica del oficio suscrito por la Directora del Departamento Administrativo de Valorización de Rionegro, del 5 de noviembre de 1997, dirigido al representante legal de la sociedad Construcciones AP y Cia. Ltda., se llegaría a la misma conclusión, esto es, la negativa de las pretensiones de la demanda, tal y como se desarrollará a continuación.

En efecto, en el citado documento el municipio demandado indicó que: *“Dando respuesta al oficio de la referencia, me permito comunicarle que, efectivamente el título del numeral 1.12.5 cumplimiento en contratos anteriores, de los términos de referencia de la licitación pública #06 de 1997, está errado, pues en el primer*

párrafo del mismo, se alude al cumplimiento del proponente en la ejecución de contratos durante los últimos cuatro (4) años y no durante el último año, como aparece en el título.”

En criterio de la sociedad demandante, el Tribunal de primera instancia cometió un error normativo en la aplicación directa de normas sustanciales, porque para definir el contenido y alcance –en términos hermenéuticos– del numeral 1.12.5. del pliego, se debieron aplicar los siguientes criterios: i) el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, ii) el principio de interpretación restrictiva del artículo 31 del Código Civil, respecto a las normas sancionatorias, iii) la interpretación desfavorable en contra del contratante que redactó las cláusulas del negocio jurídico suscrito (art. 1624 del Código Civil), y iv) la caducidad de las acciones relativas a sanciones administrativas, contenida en el artículo 38 del C.C.A.

i) Frente a la no aplicación del principio de favorabilidad del artículo 29 de la Constitución Política: el artículo 29 superior consagra el derecho fundamental al debido proceso. Se trata de un mega derecho que contiene un haz o una gama de garantías esenciales que son aplicables en materia judicial y administrativa, tal y como lo establece expresamente la citada disposición.

En relación con el contenido y alcance del principio - derecho fundamental al debido proceso en materia contractual, la Sección Tercera en reciente proveído – que se cita *in extenso*– discurrió, así²⁷:

“En todo caso, en primer lugar, la evaluación que hoy se hace del tema conduce a admitir, *de un lado*, que el número de derechos que integran el debido proceso supera con creces los que en el pasado conoció el derecho administrativo legislado –especialmente el CCA.–, y en esa medida se fortaleció la posición de las partes involucradas en una actuación administrativa con las *nuevas garantías*. *De otro lado*, pese a que la Constitución no estableció límites a la vigencia plena del derecho, la jurisprudencia y la doctrina se resisten a aplicar en forma pura y simple algunas garantías que lo integran; *por último*, y del mismo modo que frente a las garantías de las cuales admite su vigencia, introduce una técnica de incorporación al procedimiento administrativo conocida como la de los “matices”.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16367, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma se pueden consultar las siguientes sentencias: del 30 de marzo de 2010, exp. 20917 y del 21 de febrero de 2011, exp. 17555, M.P. Enrique Gil Botero.

“Lo segundo, alude a la negación de ciertos derechos del debido proceso, sencillamente porque no tienen cabida en los procedimientos administrativos, como sí la tienen en otras materias sancionatorias, especialmente la penal, de donde proceden estos derechos²⁸. A este grupo pertenece el derecho a la defensa técnica, del cual se afirma que no rige en materia administrativa. Sin embargo, algunos procedimientos, como el sancionatorio disciplinario y fiscal, lo garantizan aunque con restricciones²⁹, lo que sugiere que de una negación absoluta se transita ahora, aunque muy lentamente, a una negación con excepciones.

“Lo tercero -es decir, los matices- da cuenta de una evolución del debido proceso que acepta la aplicación de ciertos derechos que lo integran, pero con la peculiaridad de que se someten a un proceso de depuración bastante intenso, para decantarlos del contenido fuerte que traen desde el derecho penal, hasta verificar su posibilidad de aplicación al procedimiento administrativo, quien finalmente los recibe desprovistos de la intensidad fuerte con que se formularon originalmente.

²⁸ En la sentencia T-145 de 1993 expresó la Corte sobre esta misma idea: “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”

“En la doctrina se discute mucho la independencia y autonomía del debido proceso administrativo, en relación con el debido proceso penal. Alejandro Nieto García señala sobre esta polémica “... que nos encontramos a despecho de tantas novedades dogmáticas, igual que antes y que la primera cuestión del derecho Administrativo Sancionador sigue siendo la de precisar sus relaciones con y recepciones del derecho penal. Al menos así es aparentemente, aunque para mí, no obstante, se ha producido un cambio fundamental; hoy, las influencias del Derecho Penal son debidas a razones de mera oportunidad y, por ende, transitorias. Porque las raíces del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran en el Derecho Público estatal y algún día llegará aquél a su mayoría de edad y podrá prescindir de la tutela -ya que no del magisterio- del Derecho Penal, y encontrará, en fin, su identidad en el ámbito de no debió abandonar nunca: el Derecho Administrativo.” (Derecho Administrativo Sancionador... Ob. cit. Págs. 159 a 160)

²⁹ En tal sentido, el art. 17 de la ley 734 de 2002 dispone: “**DERECHO A LA DEFENSA.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. **Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio,** que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.” (Negritas fuera de texto)

Esta norma se debe concordar con el art. 93: “**ESTUDIANTES DE CONSULTORIOS JURÍDICOS Y FACULTADES DEL DEFENSOR.** Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.”

En sentido parecido, pero en relación con el control fiscal, dispone el art. 43 de la ley 610 de 2000: “**NOMBRAMIENTO DE APODERADO DE OFICIO.** Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

“Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.”

“Para algunos, *matizar* el derecho lo debilita, por la pérdida de una parte del contenido que necesariamente se sacrifica; para otros se trata de un paso necesario que permite implementar racionalmente su aplicación a los procedimientos de la administración pública³⁰. De este modelo de derechos hacen parte, por ejemplo: el principio de legalidad de la falta y de la sanción, porque en muchos casos se admite que el reglamento -no sólo la ley- cree faltas y sanciones; la impugnación de la decisión condenatoria, porque algunas decisiones administrativas no admiten recursos; entre otros.

“No obstante, otros derechos del debido proceso se encuentran en un *tercer estadio de evolución*. Se trata de aquellos que se aplican de manera pura y simple, como los contempla la Constitución -e incluso como los concibe el derecho penal-, sin atenuarles el rigor e intensidad del contenido, tal es el caso del principio de la favorabilidad, la *reformatio in pejus*, las formas propias de cada juicio³¹, la presunción de inocencia³², el *non bis in idem*, la

³⁰ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- la Sección Tercera señaló, en un análisis bastante completo del debido proceso en materia contractual, que: “Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad, en especial, desde la formación de la voluntad entre el Estado y los particulares contratistas para la suscripción del contrato (precontractual) hasta su cumplimiento (ejecución contractual); **y por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración**, tal y como se pasará a describir a continuación a propósito de la ejecución del contrato y en particular en ejercicio de una potestad sancionatoria como es la caducidad del contrato.” (Negrillas fuera de texto)

³¹ En la sentencia T-201 de 1993 la Corte Constitucional analizó esta garantía: “Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales; es decir, cubre todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando el particular estime que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

“El principio de la legalidad de los actos administrativos tiene su origen en la imperiosa obligación de que el funcionario público **somete su conducta a una serie de normas que le señalan el camino a seguir en cuanto a la toma de decisiones**. No impera su libre arbitrio, sino el sometimiento de su voluntad a los preceptos constitucionales que rigen la materia, a las leyes y a los reglamentos que le dan la competencia a cada funcionario.” (Negrillas fuera de texto)

³² Muy temprano la Corte Constitucional aceptó la vigencia indiscutida de la presunción de inocencia en las actuaciones administrativas, sin sugerir una reducción en su contenido –ver sentencia T-097 de 1994-. En este sentido ha señalado: “Más aún, la Carta de 1991 consagra la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta que esta es una presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario. **Tal presunción cabe ciertamente tanto en el ámbito del derecho penal como en el de las infracciones administrativas.**” (Negrillas fuera de texto)

Y agrega, relacionando este principio con la responsabilidad objetiva, que “Además, ‘al formular los cargos, se correrá traslado a los presuntos infractores o a su apoderado, mediante entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita de la providencia’. Entonces empezará a tramitarse el proceso administrativo sujeto a las garantías constitucionales, como se ha señalado. Así pues no hay desconocimiento de la presunción de inocencia, sino que ella se desvirtúa con los resultados del debido proceso administrativo. Tampoco por este aspecto se encuentra oposición entre la

posibilidad de controvertir las pruebas³³ y el juez competente³⁴; frente a los cuales todos los ordenamientos jurídicos especiales – como el administrativo- ven y toman de la Constitución un mismo contenido, de allí que no existe diferencia en la aplicación.

“Lo expuesto no es más que un mapa conceptual y general del estado del debido proceso administrativo, en términos de visión de conjunto. Sin embargo, vale la pena destacar ese desarrollo lineal, ascendente y exponencial -en buena hora-, cuya evolución es heterogénea o dispar entre los distintos procedimientos administrativos, de donde se puede concluir que:

“i) Algunos han alcanzado un formidable desarrollo, similar al del derecho penal, donde cada garantía rige en forma absoluta –tal es el caso de los procedimientos sancionatorios disciplinarios y fiscales-; mientras que,

“ii) En otros, la evolución continúa siendo precaria. El letargo es tan fuerte en este grupo de procedimientos, que muchas garantías no rigen; sin embargo,

“iii) El común de los procedimientos administrativos están a medio camino de las dos situaciones descritas, es decir, no rige el derecho con las máximas garantías; pero tampoco se encuentran completamente estancados. Tal es el caso de los procesos sancionatorios académicos, de imposición de medidas restrictivas a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, entre otros,

presunción de inocencia y el principio de la responsabilidad objetiva, que es característica propia de las infracciones administrativas.

“(…)

“Por dichas razones, en algunas de las partes del Derecho Administrativo, como es la del régimen de cambios, se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad. Además, esta distinción entre uno y otro ámbitos de la responsabilidad por la conducta sancionable, no sólo se funda en razones que atienden a la distinta naturaleza de los bienes jurídicos que se persiguen directamente por estos tipos de ordenamientos normativos, sino también por otros altos cometidos de orden constitucional, contenidos en principios, fines y valores consagrados en la Carta, como son la justicia, el bienestar colectivo, el desarrollo y el orden económico, social y fiscal.” –sentencia C-599 de 1992-

³³ Para la Corte Constitucional: “En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.” -Negrillas fuera de texto- (sentencia T-011 de 1993)

³⁴ La defensa de la competencia para adoptar una decisión administrativa, como elemento del debido proceso, la ha reiterado la Corte en varias ocasiones. Por ejemplo: “La competencia, en general, es ese cúmulo de ‘facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo o judicial, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración Pública y la distribución de las distintas funciones entre ellos. En este sentido, la competencia viene a ser como una especie de ‘distribución’ de los asuntos entre los órganos de la administración.’

(…)

“En síntesis, **esta Sala estima que la violación del derecho constitucional fundamental del debido proceso es actual, como quiera que aún hoy el litigio sigue en el limbo jurídico en materia de competencia.** Y no habiendo, como se vió, otro medio de defensa judicial para resolver con eficacia este asunto, la Corte concederá la tutela y revocará por tanto las decisiones de los jueces. La solución concreta en este caso en materia de competencia no será otra que la trazada por la Corte Suprema de Justicia en el caso citado, cuyos lineamientos se comparten y acogen integralmente por esta Sala.” (Negrillas fuera de texto) (sentencia T-120 de 1993)

donde cada vez más se incrementa el nivel de protección del debido proceso³⁵.

“Como tendencia jurídica, se observa que el paso del tiempo y de la jurisprudencia ha fortalecido este derecho, empezando en un punto de profunda postración hasta acercarse a un nivel superior de implantación de los distintos derechos que conforman el art. 29 CP. –y los concordantes-. Sin embargo, se trata de un progreso que no ha sido uniforme para todos los procedimientos administrativos, sino desigual y marcadamente aislado entre ellos. Pero lo común a todos es que existe una especie de inclinación hacia el desarrollo, la evolución y el crecimiento en el garantismo administrativo³⁶.

“A efectos de particularizar y especializar este análisis -porque constituye la base para resolver el recurso de apelación-, a continuación se analizará el estado de desarrollo de este derecho, pero exclusivamente al interior de los procedimientos administrativos contractuales³⁷.

³⁵ En la sentencia T-097 de 1994 la Corte hace evidente la evolución de su jurisprudencia en este tema, en la perspectiva de incrementar las garantías en materia administrativa, pues señaló: “21. Si bien es cierto que, en términos generales, la administración sólo está obligada a respetar unas garantías mínimas que no desconozcan el núcleo esencial de las garantías procesales, **en aquellas circunstancias en las cuales una decisión administrativa de tipo disciplinario conlleve la limitación o pérdida de un derecho fundamental, el deber de acatar las garantías constitucionales es tan apremiante, como el que se deriva de las normas penales.** La diferencia que aparece por encima de la obligación común de respetar los mínimos esenciales entre los dos ámbitos jurídicos mencionados, resulta de la consideración de la persona involucrada en la sanción y no simplemente del carácter funcional del derecho administrativo. El respeto de las garantías propias del debido proceso se exige en todas aquellas situaciones en las cuales la decisión administrativa o judicial pueda dar lugar a una afectación grave de los derechos fundamentales de la persona.

“Así lo expuesto por el Constituyente Hernando Londoño en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. ‘El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. **Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona,** como su libertad personal o su patrimonio económico’. Sobre este particular expresó lo siguiente: ... (Gaceta Constitucional, N° 84, p. 8).” (Negritas fuera de texto)

³⁶ En términos de la Corte Constitucional “El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal” –sentencia T-011 de 1993-.

En palabras de Immanuel Kant, quien comenta su idea de la historia humana -que en este aspecto se parece a la del debido proceso administrativo- en función del desarrollo constante en que vive el hombre, aunque en ocasiones pareciera que no fuera así, afirma que: “... la historia, que se ocupa de la narración de estos fenómenos, nos hace concebir la esperanza... de que, si ella contempla el juego de la libertad humana en *grande*, podrá descubrir en él un curso regular, a la manera como eso que, en los sujetos singulares, se presenta confuso e irregular a nuestra mirada, considerado en el conjunto de la especie puede ser conocido como un desarrollo continuo, aunque lento de sus disposiciones originales... en su conjunto consiguen mantener en un curso homogéneo y constante el crecimiento de las plantas, el curso de las aguas y otros fenómenos naturales. No se imaginan los hombres en particular ni tampoco los mismos pueblos que, al perseguir cada cual su propósito, según su talante, y a menudo en mutua oposición, siguen insensiblemente, como hilo conductor, la intención de la naturaleza, que ellos ignoran, ni como participan en una empresa que, de serles conocida, no les importaría gran cosa.” (Filosofía de la Historia. Ed. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la segunda edición. Bogotá. Págs.. 39 a 40)

³⁷ la Sección Tercera analizó este derecho en forma similar a lo expresado hasta ahora, en la sentencia de noviembre de 2005 –exp. 14.157-, indicando que: “El tema es complejo, y ha marcado, en la historia de la evolución del derecho al debido proceso, una serie de épocas, que van

“(…) c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal³⁸.

“En general, proscribire las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que: “Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”³⁹

“Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un

desde la ausencia total de protección, la protección más o menos acentuada para casos determinados, y la protección plena, en todos los eventos.

“En palabras de Juli Ponce Solé, quien aborda históricamente el tratamiento recibido por el debido proceso en materia administrativa, en un planteamiento que resulta aplicable en Colombia, ‘... es posible distinguir tres etapas, a través de las que el procedimiento pasa de ser un puro elemento interno del actuar administrativo (a) a constituir un elemento del acto administrativo definitivo con finalidades prácticamente exclusivas de defensa de los interesados, lo que curiosamente ha conducido a una relativización acusada de papel del procedimiento administrativo, en teoría fácilmente sustituible en sede contencioso-administrativa (b).

‘Finalmente como desarrollo más reciente, surge la inquietud por el procedimiento como instrumento para el logro de decisiones administrativas acertadas, aspecto que, si bien ya puede hallarse plasmado en diversas formulaciones, especialmente por parte de autores foráneos, todavía no ha sido interiorizado plenamente...’

“Lo anterior explica por qué, pese a que nuestro CCA reguló de modo general, los procedimientos administrativos, la administración -en algunas épocas y en determinados casos- impuso sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, y, en todo caso, se limitó a la observancia de aquellos derechos contemplados expresamente en el CCA, olvidando otros que, si bien no explicita dicho código, integran, sin duda, la aludida garantía.

“Este estado “prebecariano” del procedimiento administrativo sancionador, fue superado de manera plena con la nueva Carta Constitucional –art. 29-, aunque su desarrollo y determinación concretos debe hacerse caso por caso, para definir adecuadamente el espacio de cada uno de los derechos propios del debido proceso, aplicables en materia administrativa.

(...)

“Hay, pues, conciencia de la importancia que tiene, para la realización de las labores administrativas y para la defensa de los derechos humanos, el art. 29 de la CP, no obstante lo cual subsisten las incertidumbres acerca de la manera como funciona el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas.”

³⁸ En un caso donde la administración aplicó la caducidad a un contratista, expresó la Corte Constitucional sobre este derecho -sentencia SU-219 de 2003-: “Por todo lo anterior resulta explicable por qué el Constituyente de 1991 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; **la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso, en la formación y expedición de los actos administrativos**, sean ellos de carácter general o de contenido particular y concreto.” (Negrillas fuera de texto)

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1010 de 2009.

procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión⁴⁰. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé- que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. *De un lado*, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita *a priori* la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”⁴¹. *De otro lado*, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir “... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...”⁴². Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública.

“(...) Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso...”

“El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición – analogía *in bonam partem*- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación

⁴⁰ En sentencia T-352 de 1996 la Corte Constitucional consideró lo siguiente sobre el tema: “Del debido proceso en las actuaciones administrativas **hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo**. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto.” (Negrillas fuerza de texto)

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 114-115.

⁴² Ob. Cit. Pág. 123.

o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

“Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008⁴³, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria.
(...)

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

⁴³ “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas.* De conformidad con el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permita al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición (...).

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: “a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política...”⁴⁴ (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (relación extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos⁴⁵.

“Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto-organización de cada entidad administrativa, tal como se señaló cuando se estudiaban los cargos formulados contra el artículo 89 del decreto 2474 del 2008 –fls. 58 y ss.-. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

“Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que “...el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación” se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, **debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.**” (Negrillas fuera de texto)

⁴⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

⁴⁵ Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...*los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables*”.

“Si se hace una integración de principios constitucionales, en relación con el tema que se estudia, se tiene que el procedimiento que se echa de menos no tiene que ser tan complejo como el judicial, porque se sabe que la administración también debe ajustarse a los principios de eficiencia, economía y eficacia –entre otros del art. 209 CP.-, que por sí mismos demandan rapidez en las decisiones; pero esto tampoco puede llevar a desconocer las garantías ciudadanas. En palabras de la sentencia de 17 de marzo de 2010 de esta Sección –exp. 18.394-: “Por regla general, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en esta actividad administrativa en cumplimiento del mandato perentorio del artículo 29 de la Constitución Política y para lograrlo es necesario precisar la manera, forma y grado en que ello debe serlo, dado que el mismo debe ser armonizado con la naturaleza y objetivos de la contratación pública, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.)⁴⁶, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), bajo el principio de legalidad, en desarrollo del interés general y en ejercicio de la función administrativa (art. 209 de C.P.)”

“Además, es una verdad irrefutable que la ejecución de los contratos públicos tampoco puede convertirse en un sucedáneo de la función judicial, en cuanto a la resolución de conflictos que surgen en los negocios; pero esto tampoco puede justificar la inmediatez atropellante del poder público sobre el ciudadano. No es sencillo precisar lo que se debe lograr, pero está claro que se tiene que alcanzar un justo medio entre el derecho a las formas propias de cada juicio –art. 29-, con los principios de economía, celeridad y eficacia –art. 209 CP.-” (Negrillas del original).

Como se aprecia, resulta innegable la fuerza vinculante que ejerce el texto constitucional sobre la contratación estatal moderna, puesto que los principios y derechos constitucionales mínimos se hacen extensivos al procedimiento precontractual y contractual, con miras a que el ejercicio de facultades o poderes excepcionales o exorbitantes –bien sea de contenido sancionador o no– no puedan ser ejercidas sin sujeción a aquéllos.

En consecuencia, si bien en el negocio jurídico se acuerda y acepta la posibilidad de ejercer algunos poderes por parte de la administración contratante, ello no puede constituirse en patente de corso para que ésta sorprenda al contratista con

⁴⁶ Constitución Política: “Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

la adopción de medidas que afecten la ejecución del contrato o que conlleven una sanción para el mismo.

Así las cosas, el principio al debido proceso se erige como un haz o gama de garantías que rigen en su gran mayoría –y algunas con matices– sobre el procedimiento de selección, la ejecución del contrato y la etapa postcontractual, encaminadas principalmente a proteger al contratista del ejercicio de las facultades y potestades que la ley y el contrato radica en cabeza de la administración contratante.

Esta Subsección reflexionó sobre la importancia del constitucionalismo en el ámbito contractual y la influencia del texto superior en la integración e interpretación de los contratos estatales, de la siguiente forma⁴⁷:

“En efecto, al margen de que al contrato se integren las reglas sustanciales vigentes al momento de su celebración⁴⁸, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no puede ser ajena al principio de legalidad y, en general, a la principialística que circunda el contrato estatal, máxime si las normas de las cuales se hace pender la supuesta nulidad absoluta son de rango constitucional y legal.

En esa perspectiva, es posible que se analice la validez de un contrato estatal, al margen del marco jurídico bajo el cual se suscribió, cuando han ingresado al ordenamiento jurídico principios y/o reglas que pueden eventualmente llegar a modificar significativa y sustancialmente el acuerdo contractual al que habían llegado las partes, máxime si, se insiste, las normas proferidas son catalogadas como de orden público.

Así las cosas, el artículo 38 de la ley 153 de 1887, no constituye una patente de corso para que las partes de un negocio jurídico puedan continuar ejecutando prestaciones que a la luz del ordenamiento contravienen normas de rango superior y, concretamente de orden público, al margen de la fecha de su expedición por cuanto que a partir del artículo 4º de la Constitución Política, las disposiciones de la misma prevalecen sobre cualquier otro precepto legal o convencional que le sea contrario, primacía que se ve reflejada inclusive a nivel legal en el artículo 18 de la ley 153 *ibidem*, que determina que “[l]as leyes que por motivos de moralidad, salubridad

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de mayo de 2011, exp. 17863, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁸ “Artículo 38 ley 153 de 1887.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1º) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato... Si la ley establece nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala el de seis meses. ”. En similar dirección, el artículo 9 de ese mismo cuerpo normativo consagra el principio de primacía absoluta de los cánones constitucionales, al consagrar que “[l]a Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.”

“(…) Por lo tanto, se infiere que las modificaciones o reformas constitucionales (v.gr. la expedición de la Carta Política de 1991), pueden llegar a alterar la validez de un negocio jurídico siempre y cuando el contenido de este último contravenga o desconozca uno de los postulados contenidos en el precepto superior, escenario en el que habrá lugar a declarar, mediante la integración del contenido constitucional al contrato, la nulidad sobreviniente de este último.

“El tránsito constitucional ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para señalar que al margen de que bajo la anterior Constitución de 1886, se hubiera declarado la exequibilidad de una ley y, por consiguiente, estuviera amparada por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, era posible, una vez más, estudiar la constitucionalidad de una disposición legal al amparo de los nuevos preceptos superiores. Por lo tanto, si es factible constatar la compatibilidad de una ley expedida con anterioridad a la Constitución, es lógico preguntarse si un contrato estatal puede ser analizado en su validez respecto a su correspondencia frente a los preceptos constitucionales.

Sobre el particular, el tribunal constitucional precisó:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido nítida al considerar que la vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogación en bloque de la legislación preexistente, legislación que, conforme a lo anotado, a lo sumo podría ser acusada de contrariar los nuevos preceptos superiores y, de acuerdo con esa jurisprudencia, en caso de comprobarse tal contradicción lo procedente es retirar la norma anterior a la Carta vigente, dada su inconstitucionalidad sobreviniente.”⁴⁹

“Incluso, desde la óptica de la teoría jurídica⁵⁰, concretamente desde el positivismo analítico, es posible señalar que el contrato se

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia de 27 de mayo de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁰ “En el centro del problema de una dinámica jurídica se encuentra la cuestión acerca de los diferentes métodos de producción jurídica, o acerca de las formas del Derecho. Si se reconoce como función esencial de la norma jurídica el que ella obligue a los hombres a determinada conducta (enlazando la conducta opuesta con un acto coactivo, con la llamada consecuencia jurídica), el punto de vista decisivo, desde el que ha de juzgarse la producción de la norma jurídica, resulta ser el siguiente: si el hombre ha de ser obligado por la norma, el sometido a la norma,

encuentra sujeto no sólo a las normas habilitantes –reglas secundarias que permiten su celebración–, sino de igual manera a las normas primarias de conducta, en tanto con fundamento en estas últimas es que debe proferirse la regla jurídica que determinará la forma como una de las partes –la administración pública– debe ejercer determinada potestad que se encuentra atribuida por el ordenamiento jurídico, y que es desarrollada por el negocio jurídico.⁵¹

“En consecuencia, frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de *integración*⁵² e *interpretación*⁵³, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación⁵⁴. En otros términos, la voluntad expresa o ínsita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias –a efectos de llenar vacíos o lagunas– y las

participa o no en la producción de esta norma que le obliga. En otros términos: si la obligación tiene lugar con su voluntad o sin ella, y eventualmente hasta en contra de su voluntad. En aquella diferencia que de ordinario se designa como la antítesis de autonomía y heteronomía, y que la doctrina jurídica suele emplear en el dominio del derecho público...” KELSEN, Hans “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, Pág 146.

⁵¹ “Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las de segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que impliquen movimiento o cambios físicos; las de segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.” HART, H.L.A. “El concepto de derecho”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, Pág. 101.

⁵² “Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. **En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes** y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta...” (negrillas fuera de texto). Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 19 de junio de 1935, citada extraída de: JARAMILLO, Carlos Ignacio “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal.” en: “Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina”, Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), Ed. Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, 2007, Lima, pág. 894.

⁵³ “III. No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato. En el planteamiento y solución de cuestiones contractuales, puede ocurrir que se presenten problemas que las partes, al contratar, no previeron y que mal podían, por tanto, resolver.” VON TUHR, Arthur “Tratado de las Obligaciones”, Ed. Comares, 2007, Granada, pág. 159.

⁵⁴ “El resultado de toda interpretación, ya verse sobre las declaraciones de voluntad del legislador o de los particulares, es siempre el completar la declaración de voluntad. Se desmenuza, se analiza la declaración de voluntad, y este sentido ampliado –simplemente en cuanto al aspecto externo–, completado, de sus palabras es el que se aplica.” DANZ, Erich “La interpretación de los negocios jurídicos.” Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., Madrid, 1955, pág. 90 y 91.

imperativas –en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes–.

“(…) El hecho de que la convención pueda ser interpretada no quiere ello significar que el proceso hermenéutico del contrato esté aislado de las condiciones objetivas del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se circunscriba a la determinación de lo real y efectivamente pactado o acordado por las partes contratantes. En otros términos, la interpretación posee una naturaleza dual o bifronte; la subjetiva, encaminada a desentrañar la voluntad material de los sujetos contratantes, y la objetiva, cuya finalidad consiste en analizar el acuerdo a la luz de las normas imperativas, los principios generales del derecho, el tráfico jurídico y los usos sociales.

“En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance.

“En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe⁵⁵ y de no abuso del derecho)⁵⁶. Esta

⁵⁵ “En este orden de ideas, “*bona fides negotiae*” obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe.

“Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta *grosso modo* en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual.” NEME Villareal, Martha Lucía “La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 240.

⁵⁶ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... [T]odo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad (...) Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expuestos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del

importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad de los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.

“Desde esa panorámica, la autonomía de la voluntad y la garantía de respeto por las disposiciones incorporadas al negocio jurídico al momento de su celebración, encuentran límites en el constitucionalismo moderno porque la norma superior se imbrica y fluye a través de diversos vasos comunicantes a lo largo del ordenamiento jurídico, es decir lo integra, circunstancia que debilita en la actualidad las fronteras trazadas entre el derecho público y el privado, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“De este modo, **el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales**, propias de la función social que la Constitución Política le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa (arts. 58 y 333 C.P.). **Es evidente que tales restricciones se potencian para el caso de las entidades que prestan servicios públicos y adquieren un contenido aún más significativo cuando, como sucede con las entidades de medicina prepagada, el objetivo contractual tiene estrecha relación con la eficacia de derechos fundamentales** y por ende el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar por parte de las empresas de medicina prepagada debe producir efectos compatibles con la preservación del contenido esencial del derecho a la salud y los derechos constitucionales que le son inherentes al mismo...

“(…) Podría sostenerse que, dada la autonomía de la voluntad que informa las relaciones entre particulares, este asunto, debería ser dirimido por la jurisdicción ordinaria civil, empero, el debate tal y como está planteado excede la discusión meramente legal para involucrar un asunto de relevancia constitucional en la cual están involucrados derechos amparados consagrados en tratados internacionales conforme a los cuales deben interpretarse aquellos reconocidos en la Carta Política (art. 93 C.P.) y respecto de los cuales el Estado colombiano debe garantizar su efectividad (art. 2 Superior). Así mismo, sería viable afirmar que el actor tuvo la alternativa de seguir beneficiándose de los servicios de la medicina prepagada que le venía prestando la accionada, suscribiendo el nuevo contrato en las condiciones por ella impuesta (contrato de adhesión), no obstante, a sabiendas de las consecuencias optó libremente por no acceder a las condiciones que le imponía

legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción” (Sentencia de 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 47-48).

Cafesalud MP, todo lo cual llevaría a sostener, como lo hizo el *ad-quem* que la tutela era improcedente.

“No obstante, esa posición sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no eran tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1 de la Carta imponga como deber de la persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”⁵⁷ (negrillas de la Sala).

“Inclusive, desde la propia teoría del negocio jurídico se han prohijado las labores de integración e interpretación del mismo en aras de garantizar, al margen de los acuerdos expresos y el contenido del clausulado, el respeto por los derechos ajenos y las normas de orden público. Al respecto, el reconocido tratadista Álvaro Pérez Vives con sobresaliente claridad, contundencia, y emotiva estética señaló:

“De igual manera, el contrato ha dejado de ser el producto de voluntades soberanas y autónomas. La convención es tanto más respetable cuanto mejor interprete las necesidades e intereses colectivos. Si sus cláusulas son leoninas, si atropellan a la parte contractualmente débil, si sus condiciones no podrían subsistir sin constituir una injusticia por causa del cambio de la situación imperante al momento de pactarse, si ellas revelan el aprovechamiento de circunstancias en forma excesivamente onerosa para la parte que tuvo que ceder a la presión de las circunstancias, si a la obligación de una de dichas partes falta, en todo o en parte, su causa, interviene el juez y modifica o destruye el contrato.

“Estamos, pues, muy lejos de la regla *pacta sunt servada*, en la misma forma que al principio *dura lex sed lex* se ha opuesto otro que dice *summum jus summa injuria*.

“Suele objetarse contra esta manera de ver las cosas que sería el imperio de la arbitrariedad y que el juzgador podría convertirse en un ser tiránico y omnímodo.

“El argumento es especioso. Parte del supuesto de que, bajo el vicio de la exégesis, el juzgador o el intérprete no pueden llegar a ser, al igual que bajo otro sistema, injustos o arbitrarios. En todo intento de interpretación de un texto legal y de aplicación del derecho, tiene el juzgador poderes y

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

facultades que, precisamente por su posición, pueden llevarlo a la arbitrariedad y a la injusticia. Pero esto no es patrimonio exclusivo de un solo sistema. Ya hemos visto a qué conclusiones monstruosas puede llevar el método tradicional que parte del supuesto de un “absoluto respeto a las normas legales”.

“En toda época las leyes han dicho lo que los intérpretes y juzgadores han querido que digan. Sólo que el criterio predominante es el fruto del desarrollo económico y social.

“(…) El jurista debe hallarse convencido de que su tarea es la más importante dentro del conglomerado humano, puesto que a él le corresponde tomar el texto de la ley, los presupuestos gramaticales de la misma, y acomodarlos al ritmo siempre cambiante de las necesidades colectivas. Mediante ese proceder ayudará a descargar el horizonte de las tormentosas nubes revolucionarias. La conmoción jamás ha sido producto de los principios que nosotros exponemos; ella proviene del estancamiento de las ideas y de los sentimientos. La historia presiona sin cesar; el muro de contención creado por los intereses reaccionarios es muy débil. Cuando la marejada ha llegado a su punto culminante, si nada hay que la calme, surge la revuelta y restablece el equilibrio social alterado.

“Inútil es, como lo hace Laurent, dirigir sus quejas al legislador. Éste se ha demostrado impotente para resolver adecuadamente el problema. **Sólo el jurista puede enmendar sus yerros y corregir sus equivocaciones. El verdadero “sentido de la ley” no lo imprime quien la dicta sino quien la aplica.** Y es porque a los encargados de aplicarla les falta un suficiente bagaje de equidad y sensibilidad social, por lo que sus fallos reflejan la injusticia de un sistema jurídico anticuado o encaminado a la defensa de mezquinos intereses dominantes.”⁵⁸ (Cursivas del original - negrillas adicionales).

“Ahora bien, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instauró en el ordenamiento jurídico el *principio de interpretación conforme*, de allí que cualquier norma o acto jurídico en su aplicación debe consultar los postulados superiores, inclusive si su entrada en vigencia fue anterior a la del texto constitucional; en consecuencia, todo precepto o actuación que desconozca o contravenga los límites fijados por el Constituyente estará afectado de un vicio en su validez y, en consecuencia, tendrá que ser modificado o ajustado a esos lineamientos so pena de que se produzca su retiro del ordenamiento⁵⁹.

⁵⁸ PÉREZ Vives, Álvaro “Teoría General de las Obligaciones”, Tomo I, Bogotá, 1953, pág. 55 a 57.

⁵⁹ **“El intérprete al cumplir su función, necesariamente juzga acerca de la validez jurídica de la norma, pudiendo pronunciarse sobre su muerte o inaplicabilidad por inconstitucionalidad o ilegalidad.**

“Pero sin dudas hay diferencias, impuestas fundamentalmente por la diversidad normativa, e intentando puntualizarlas señalaremos las siguientes:

“De allí que, en el caso concreto, la controversia desborda los lineamientos propios de un conflicto de corte individualista o subjetivo en el que habría lugar, de manera eventual, a la aplicación de la teoría de la preservación del negocio jurídico, es decir, a restablecer el equilibrio económico aparentemente resquebrajado pero manteniendo la eficacia del contrato. Por lo tanto, en este tipo de escenarios huelga reiterar que el contrato no puede desconocer el principio de la defensa del interés general, los postulados o principios constitucionales, ni mucho menos el principio de buena fe que dimana de cualquier acuerdo contractual.”

Como se advierte, el derecho contractual administrativo –a partir de la ley 80 de 1993– ha sufrido un fenómeno simultáneo de constitucionalización y privatización. En efecto, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no sólo integra las normas del derecho privado y al principio de la autonomía de la voluntad para efectos de estructurar el contenido del contrato estatal (art. 13 *ibidem*), sino que, de igual forma, remite a los postulados constitucionales de la función administrativa y a los principios generales del derecho.

El fenómeno de constitucionalización del derecho surge a partir de la segunda mitad del siglo XX, con ocasión de la posguerra, ya que los textos superiores se fortalecen en su contenido dogmático con el fin de fijar los límites en el ejercicio del poder público y las garantías esenciales y mínimas de los seres humanos en distintos campos: las libertades individuales, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos y culturales, y los derechos colectivos y grupales.

En esa línea de pensamiento, es cierto que el debido proceso irradia todo el proceso contractual –incluida la etapa de selección del contratista– de forma que el subprincipio de favorabilidad también se hace extensivo a la materia administrativa. Según la favorabilidad: “*en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*”

De modo que, el derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, tiene dos expresiones desde el derecho administrativo, que vale la pena destacar: i) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo

“a) en la ley aparece comprometido de manera primera y principal lo justo político; el contrato tiene por objeto directo lo justo conmutativo e indirecto lo justo político.

“(…) **El intérprete debe confiar en el hombre contratante, pero la misión del derecho es velar y promover un orden social justo.**” (negritas adicionales). VIGO, Rodolfo Luis “Interpretación jurídica”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pág. 162 y 163.

no sancionador y ii) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo sancionador.

En el primero de ellos, existen algunas expresiones del debido proceso, contenidas en el referido artículo 29, que revisten matices en su aplicación, como por ejemplo los principios de tipicidad (v.gr. en materia de protección al consumidor), culpabilidad (v.gr. escenarios en los que no es relevante el comportamiento del administrado para la adopción de una decisión (v.gr. barreras arancelarias o adopción de medidas fitosanitarias), la defensa técnica o necesidad de contar con abogado (v.gr. la solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación se puede adelantar por el interesado *motu proprio*), el principio del “juez natural”, es posible que en materia administrativa se pueda modificar la competencia, por ejemplo, por una reestructuración de la entidad administrativa encargada de proferir la decisión, etc.

A *contrario sensu*, el derecho administrativo sancionador hace parte del *ius puniendi* del Estado y, por lo tanto, frente al mismo se hacen extensivas todas las garantías que integran el núcleo duro y laxo del principio al debido proceso. En efecto, los derechos penal, disciplinario, sancionador, fiscal, entre otros, integran el derecho punitivo del Estado, razón por la cual, respecto de los mismos siempre será predicable el debido proceso en toda su amplia gama (v.gr. la caducidad en un contrato estatal se impone previa verificación del incumplimiento del contratista, es decir, a la sanción la antecede una culpa de este último).

Tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, es de recurrente invocación una providencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, proferida por la Sala Plena de la primera de las Corporaciones citadas, dictada en el proceso No. 1259, de la cual fuera ponente el Dr. Manuel Gaona Cruz, sentencia en la que, entre otros aspectos, se precisó lo siguiente:

“Precísase además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que **el DERECHO PUNITIVO es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber:** el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, **el derecho disciplinario**, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no sólo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas

en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle, las cuales, en sustancia, son las que siguen:

“1. El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa... 2. El del debido juez competente... 3. El del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento ex-post-facto, ... 4. La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía juris, la analogía legis, o la interpretación extensiva, “in malam partem” o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo “in bonam partem” o para favorecer. 6. (sic) La garantía del “non bis in idem”... 7. **Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.**”

“Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior, la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquella no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantía enunciados atrás.⁶⁰ (Mayúsculas del texto - negrillas adicionales).

En ese orden de ideas, acerca del principio de tipicidad y, consecuentemente de la favorabilidad en favor del procesado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

“Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad y consecuentemente del de tipicidad; en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la administración pública afectada por la ineficiencia de la administración de justicia, y por último, ambas deben ser conductas culpables como de manera reiterada lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia” (negrillas fuera del texto)⁶¹.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

⁶⁰ Tomado de “Jurisprudencia y Doctrina”, Edit. Legis S.A., Tomo XIV, N. 161, mayo de 1985, págs. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del decreto 1835 de 1979, contentivo del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 4 de marzo 4 de 1991, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

“Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia.

“.....
.....

“Los tratadistas contemporáneos de derecho administrativo, entre ellos García de Enterría y Ramón Parada sostienen que “los principios inspiradores del ordenamiento penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como lo refleja la propia Constitución.”⁶² (Destaca la Sala).

En esa perspectiva, hay lugar a distinguir entre derecho administrativo de naturaleza no sancionadora, y aquel que hace parte del *ius puniendi*, es decir, el derecho administrativo sancionador; en este último será predicable el principio de favorabilidad del contratista, comoquiera que se trata de situaciones en las cuales el Estado ejerce una potestad que es excepcional o exorbitante consistente en la posibilidad de imponer sanciones a los proponentes y/o contratistas.

En efecto, la propia demandante pretende llevar la cláusula 1.12.5., al campo del derecho administrativo sancionador, al pretender que se aplique la caducidad de la actividad fiscalizadora y sancionatoria contenida en el artículo 38 del C.C.A. No obstante, es preciso indicar sin ambages o anfibologías que el contenido de esa disposición se encuentra lejos de contener o reflejar una potestad sancionatoria de la administración en materia contractual.

Por consiguiente, la argumentación coherente de la parte demandante flaquea o cede en este punto, puesto que no puede imprimírsele un contenido sancionatorio a un precepto del pliego de condiciones que lo único que hace es fijar un parámetro de calificación basado en la experiencia de los proponentes en la ejecución de contratos estatales.

⁶² Sentencia de tutela T-11 del 22 de mayo de 1992, expediente número T-716, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Por lo tanto, no es posible hacer una aplicación extensiva del principio de favorabilidad –como lo pretende la sociedad demandante– porque no se está frente a una competencia sancionadora, disciplinaria o punitiva de la administración pública. Ahora, si bien existe una antinomia en numeral 1.12.5. del pliego de condiciones entre el título de la norma y el contenido de la misma, lo cierto es que prevalece el texto de la disposición, por cuanto la hermenéutica que debe prevalecer, como ya se puntualizó, es aquella que está acorde con la finalidad y el conjunto del proceso de selección, tal y como lo hizo el municipio de Rionegro, en aras de garantizar el interés público.

De modo que, se equivoca la recurrente al analizar la cláusula 1.12.5. de los pliegos de condiciones bajo la óptica de una norma sancionatoria, puesto que se trata de un precepto que tuvo como contenido y alcance establecer un criterio de valoración de experiencia y cumplimiento, sin que con ello se esté imponiendo una sanción o se discipline a los proponentes. *A contrario sensu*, se trató de una norma que respetaba el principio de selección objetiva –ya que era razonable, clara y equitativa– en la medida que no extendía de forma indefinida el cumplimiento del requisito, sino que fijaba un plazo a todas luces razonable de cuatro años.

No puede pretender la demandante que no se tenga en cuenta –para esta clase de procesos de selección– cánones como los referidos que apuntan a validar la experiencia y el cumplimiento de los proponentes en contratos previamente suscritos con la administración pública. Una posición contraria, por demás absurda, implicaría que las entidades públicas no pudieran requerir antecedentes de los proponentes o de los contratistas, y que tampoco pudieran valorar el contenido del Registro Único de Proponentes “RUP”, ya que en este último se detalla la historia contractual de cada proponente.

ii) Respecto del principio de interpretación restrictiva del artículo 31 del Código Civil: el contenido de esta regla hermenéutica es el siguiente: “[I]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.”

El principio de interpretación del artículo 31 del Código Civil apunta a que no se interpreten de manera extensiva o abierta normas que establezcan permisiones o

restricciones en aras de ampliar o limitar su aplicación. En otros términos, que las normas deben aplicarse en el sentido genuino y de acuerdo a los criterios hermenéuticos avalados por la ley y la jurisprudencia, en procura de la nomofilaxis.

En esa línea de pensamiento, esta regla de nomofilaquia debe ser articulada con el principio de favorabilidad y de presunción de inocencia en materia del derecho punitivo, en aras de que las normas sancionatorias no sean aplicadas de manera abierta sino que, por el contrario, sean aplicadas de acuerdo con los criterios establecidos por el prisma del debido proceso como garantía constitucional.

No obstante, se itera, en el caso concreto la norma contenida en los pliegos de condiciones no refleja un carácter permisivo, sancionatorio o restrictivo, sino que, por el contrario, determina un componente de evaluación y calificación de las propuestas, razón por la cual la antinomia que se presentaba entre el título y el contenido de la regla era solucionable a partir de un criterio teleológico como el que aplicó la administración pública.

De conformidad con lo anterior, el cargo así planteado no tiene vocación de prosperar, motivo por el cual será negado.

iii) La interpretación desfavorable en contra del contratante que redactó las cláusulas del negocio jurídico, contenida en el artículo 1624 del Código Civil: según esta disposición: *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*

La demandante invoca como violado el artículo 1624 del Código Civil, al considerar que la cláusula ambigua –en este caso la contenida en el numeral 1.12.5. de los pliegos– debe interpretarse a su favor, por ser el municipio de Rionegro quien la redactó.

La Sala se abstendrá de analizar el cargo objeto de análisis, toda vez que la disposición invocada como violada hace parte de la exégesis de las convenciones,

contratos o negocios jurídicos, razón por la que no puede ser aplicada en el caso concreto, ya que la demandante no fue el adjudicatario y, por lo tanto, tampoco fungió como contratista. En ese orden, si bien las cláusulas ambiguas del pliego de condiciones se interpretan a favor del contratista, lo cierto es que el proponente no favorecido no puede invocar esa norma hermenéutica puesto que no tiene el interés jurídico para deprecar su aplicación.

Aunado a lo anterior, la cláusula ambigua fue interpretada por la administración pública antes de que se adjudicara y celebrara el contrato, circunstancia por la que la ambigüedad dejó de existir a partir de la elucidación señalada por el municipio demandado.

Por consiguiente, el cargo señalado tampoco tiene vocación de prosperar.

iv) La caducidad de la potestad sancionatoria a que hace referencia el artículo 38 del C.C.A.

El artículo 38 del C.C.A. establece o consagra la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración pública, razón por la que determina que la misma vencerá a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Desde la perspectiva de la sociedad demandante, no era posible que se estableciera en los pliegos de condiciones la cláusula 1.12.5., comoquiera que, en su criterio, al haber exigido la acreditación de cumplimiento de contratos previamente suscritos por la administración durante los cuatro años anteriores, no era posible que se tuviera en cuenta una sanción impuesta por el municipio de Medellín en contra de Andina de Construcciones Ltda.

Para la Sala el argumento parte –al igual que los anteriores cargos– de una falsa premisa, al considerar que la exigencia del artículo 1.12.5. es una disposición de naturaleza sancionatoria; de modo que los antecedentes contractuales del proponente se integran al concepto de “experiencia”, circunstancia por la que no es ajeno a la contratación pública –al igual que en la privada– la constatación de los antecedentes contractuales de los proponentes.

De allí que, respecto de la norma contenida en el numeral 1.12.5. no puede predicarse la caducidad de que trata el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, por

cuanto no se trata de imponer una sanción al proponente, sino de constatar, verificar, contrastar o cotejar la experiencia y el cumplimiento de los proponentes en contratos similares.

Por lo tanto, corresponderá el proponente que con independencia a cualquier circunstancia se ha visto afectado por la imposición de una sanción, actualizar el RUP, así como hacer reflejar las decisiones contencioso administrativas en el mismo, de forma que si la pena fue retirada del ordenamiento jurídico, se mantenga renovado el registro.

Se negará por estas razones el cargo planteado.

3.2. La improcedencia de restar puntaje por la sanción impuesta a la demandante:

Como se indicó en el acápite anterior, era viable restar puntuación a la demandante en la medida que uno de los criterios de valoración era el “cumplimiento de contratos anteriores con la administración”; se trata de un factor de evaluación que es razonable, claro y justo, sin que con el mismo se pretendiera favorecer a un determinado proponente o direccionar la licitación pública.

Por el contrario, el requisito establecido en el numeral 1.12.5. se ajustaba a los parámetros de selección objetiva y transparencia de la ley 80 de 1993, máxime si antes de la modificación introducida con la ley 1150 de 2007, eran las entidades contratantes las encargadas de validar la capacidad de los proponentes.

Así las cosas, este cargo será denegado toda vez que de conformidad con los argumentos desarrollados la exigencia establecida por el municipio de Rionegro no devenía injustificado e irrazonable, sino que, por el contrario, apuntaba a la protección del interés público al fijar una hermenéutica de la norma que se acompasaba mejor con la selección objetiva del contratista idóneo para ejecutar el contrato.

Adicionalmente, no se allegaron al proceso las ofertas presentadas por Andina de Construcciones Ltda., y por la adjudicataria - contratista Construcciones A.P. y Cia. Ltda., lo que impediría –en caso de que prosperaran los cargos– el estudio y valoración de las propuestas, lo cual redundaría en razones y motivos para denegar las pretensiones del libelo introductorio.

3.3. Conclusiones finales

El acto administrativo de adjudicación sí se encuentra motivado, la adjudicación se realizó en audiencia pública y tuvo como fundamento el acta de evaluación de las propuestas.

En esa medida, las razones y fundamentos desarrollados por la demandante adolecen de dos falencias que llevan a esta Sala a mantener incólume la decisión de primera instancia: i) el exiguo o la falta de material probatorio allegado y decretado en el proceso, y ii) el yerro conceptual al equiparar un criterio de valoración de experiencia y cumplimiento en la licitación pública con una sanción de índole administrativa.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión apelada.

4. Condena en costas

En atención a lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas al recurrente, en cuanto no se evidencia que haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia del 29 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Segundo. Sin costas.

Tercero. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ