

NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Derecho a indemnización cuando el oferente considera que su propuesta debió ser escogida. Condiciones / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Deber de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y demostrar que la oferta presentada en la licitación era la mejor. Reiteración jurisprudencial

No obstante la nulidad decretada sobre los dos actos administrativos demandados por la parte actora, es criterio jurisprudencial reiterado que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se pretende, además, el restablecimiento del derecho, porque el oferente considera que su propuesta debió ser la escogida, deben acreditarse dos condiciones: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo –aspecto satisfecho por la parte demandante del caso sub iudice-; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor. (...) para acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección –aunque es presupuesto indispensable-; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación. En esta línea argumentativa –se insiste-, el primer aspecto exigido para que prospere la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no será objeto de pronunciamiento en esta instancia, porque el demandante es apelante único, y el tribunal -en primera instancia- accedió a la pretensión anulatoria de los actos administrativos –tanto el que declaró desierto el proceso de selección como el que adjudicó el contrato-. En consecuencia, el análisis se circunscribirá a examinar el cumplimiento, por parte de los oferentes, de las exigencias establecidas por la administración, y en particular en determinar si el demandante presentó la mejor oferta. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencias de: 13 de mayo de 1999, exp. 123441 de agosto de 2010, exp. 190569; 27 de enero de 2012, exp. 19932; 8 de febrero de 2012, exp. 20688; 28 de junio de 2012, exp. 22510 y de 16 de agosto de 2012, exp. 19216

FASE DE PLANEACION DE LA CONTRATACION - Responsabilidad de quien elabora la información, los documentos y demás datos que forman parte del proceso de selección. Ruptura condicionada de esta regla / FASE DE PLANEACION DE LA CONTRATACION - Responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información. En principio quien elabora la información asume los yerros que contenga / DATO ERRADO O INCONGRUENTE - Por el dato incorrecto responde quien lo elabora y también por el dato contradictorio, ya sea en el mismo escrito o en distintos documentos / OFERTA BASADA EN DATO ERRADO O INCONGRUENTE - El que la elabora y se ofrece a ejecutar el contrato debe revisar la información. Responsabilidad precontractual basada en el principio de la buena fe

[E]n la fase de planeación de la contratación –antes de la apertura de los procesos de selección- el responsable principal de la calidad y veracidad de la

información es la entidad estatal, porque ella elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica, para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán. En este horizonte, los documentos que elabora la entidad – bien con su personal o con personas contratadas para ese propósito- son: convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos –suelos, hidráulicos, prediales, etc.-, análisis de oportunidad y conveniencia –que incluye un estudio especializado de riesgos-, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones. Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento -al interior de sí mismo-, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general. En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información, porque a la entidad le corresponde definir -con amplia discrecionalidad, técnica y jurídica- qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá –usualmente determinadas por la necesidad material y por la capacidad de pago- y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario. La idea expresada es directamente proporcional a la responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información, de manera que, como principio, quien elabora la información asume los yerros que contenga. De esta manera, por el dato incorrecto responde quien lo elabora –dato errado- y también por el dato contradictorio –dato incongruente en el mismo escrito o en distintos documentos-, sobre todo si pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta. (...) la premisa trazada no es absoluta ni infalible, aunque constituye la regla general, porque sucede -con alguna frecuencia- que la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance. No obstante, la anterior excepción a la regla exige un análisis detallado de lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretejida por las partes negocio futuro. (...) la Sala entiende, con claridad y sin ambages, que la rigidez hermenéutica de los contratos de derecho privado, que en la praxis se contrae fuertemente a la aplicación de las normas que en este sentido contienen los estatutos civil y comercial, no captura con la misma inflexibilidad al contrato estatal y al procedimiento previo de selección del contratista. Es decir, la interpretación del contrato estatal incluye eso –desde luego!-, pero mucho más, contenido adicional que se halla a lo largo y ancho de los demás principios y valores no recogidos en el derecho privado sino en el administrativo, y sobre todo en la Constitución, lugar desde el cual se interpreta todo el derecho moderno, incluido el de los contratos de la administración.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencias de: 30 de mayo de

1991, exp. 3577; 25 de marzo de 1993, exp. 6740; 3 de febrero de 2000, exp. 10399 y de 30 de julio de 2008, exp. 23003

INFORMACION DIVULGADA POR LA ENTIDAD EN LOS AVISOS QUE ANUNCIAN LA LICITACION Y EN EL PLIEGO DE CONDICIONES - Contradicciones / CONTRADICCION EN INFORMACION DIVULGADA POR LA ENTIDAD - Es inadmisibles que el oferente incurra en yerros con ingenuidad inaceptable

[P]ara la Sala no basta que objetivamente exista una contradicción en los documentos que formaron parte del proceso de licitación, para aplicar -llana y acriticamente- aquella regla hermenéutica que dispone que si un documento es confuso se interpreta en contra de quien lo redactó. (...) la contradicción típica de la contratación estatal se presenta al interior de un mismo documento – principalmente el pliego de condiciones, pero también en la oferta-, cuando en un lugar se permite lo que en otro prohíbe, o cuando en un párrafo exige u ofrece algo –según el caso- que en otro minimiza o maximiza. (...) si no existe razón que justifique la diferencia de contenido, la regla que más se ajusta a la solución es la que dispone que las cláusulas confusas se interpretan en contra de quien las redactó, para proteger al afectado y castigar al redactor. Sin embargo, esta regla tampoco aplica sin un juicio previo y moderadamente crítico sobre la prudencia o imprudencia de quien incurre en el error. En este sentido, pese a que se redacte una regla ambigua o contradictoria, es posible -en casos concretos- exigir razonablemente que quien incurre en el error se haya esforzado en resolverlo, como cuando se percata de él pero aprovecha la circunstancia, de mala fe, para sacar ventaja; circunstancia que, no obstante, exige prueba de la conducta. (...) tampoco es admisible que, so pretexto de existir un error o ambigüedad en una cláusula, se incurra en ellos con ingenuidad inaceptable, como cuando se toman datos de la fase preparatoria de la contratación que están revaluados en otro documento o que claramente no rigen la contratación. En este evento no hay error, contradicción o ambigüedad, sino desconocimiento e imprudencia de quien insensatamente incurre en él. Las ideas expresadas son necesarias para entender, y sobre todo valorar, los hechos del caso sub iudice, teniendo en cuenta que la problemática gira en torno a la información contradictoria que la entidad estableció sobre el plazo de ejecución tanto en el aviso de convocatoria como en el pliego de condiciones.

AVISOS DE CONVOCATORIA - Regulación contenida en el artículo 30.3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 224 del Decreto Ley 019 de 2012 / TRAMITE DE LA LICITACION - Requisitos

Avisos de convocatoria, regulados en el art. 30.3 de la Ley 80 de 1993 - modificado por el art. 224 del Decreto-ley 019 de 2012-. Los avisos que regían en la época en que el Jardín Botánico José Celestino Mutis realizó la licitación pública, correspondían a los que reguló el art. 30.3 de la Ley 80 de 1993. Según esta disposición, la entidad debía publicar hasta 3 avisos en diarios de amplia circulación en la jurisdicción de la entidad, para anunciar la apertura de la licitación, en el inmediato futuro. La norma estableció varias exigencias para cumplir con este requisito del trámite de la licitación: i) Debían publicarse “hasta” tres (3) avisos, es decir, la entidad cumplía publicando 1, 2 o 3, a su elección. ii)

La cantidad de avisos dependía de “la naturaleza, objeto y cuantía del contrato”, de manera que cada entidad, con discrecionalidad, establecía el número, pero debía atender a los tres criterios establecidos por el legislador. Nunca reglamentó esta disposición, bastante ambigua, de manera que contribuyera a aplicarla con orden e identidad en la administración. (...) iii) La publicación se hacía “dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso... con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario”, de manera que se trataba de un término anterior a la apertura del proceso, cuya finalidad fue anunciar la licitación, y estimular el interés de quienes aspiraban a contratar con el Estado. iv) La publicación se hacía en “diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad”, pero a falta de diario se hacía “en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.” Incluso, en los pequeños poblados, a falta de esos medios, los avisos se debían divulgar por “bandos”, es decir, por lectura pública en un lugar de la entidad o mediante fijación de avisos en espacios públicos. v) Lo más importante, desde el punto de vista del contenido del aviso, es que expresaba la “información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso”, es decir, nuevamente se otorgó a las entidades discrecionalidad amplia para establecer los datos que se anunciarían, no obstante, al menos debía referirse a dos aspectos: el objeto de la licitación y sus características (...) lo invariable en las dos normas citadas es su finalidad: publicitar la licitación, que se abre dentro de los 10 a 20 días calendario siguientes a la publicación de los avisos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.3 / L DECRETO-LEY 019 DE 2012 - ARTICULO 224

AVISOS DE CONVOCATORIA - Cambios introducidos por el artículo 224 del Decreto Ley 019 de 2012 / TRAMITE DE LA LICITACION - Requisitos

La anterior norma (artículo 30.3 de la Ley 80 de 1993) fue modificada por el art. 224 del Decreto-ley 019 de 2012 que desde luego no rigió la licitación sub iudice- El cambio que introdujo fue sólo del lugar en el cual se hace la publicación: pasó de ser en diarios de amplia circulación para hacerlo en dos sitios electrónicos: en la página web de cada entidad y en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP- Con esta medida se actualizó la legislación contractual pública a la tecnología que ya usaba la misma administración -y también los particulares-, pero para otros efectos, no para contratar.

PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES - Importancia de publicación en la página web de la entidad. Sistema de cobertura nacional e internacional

La incorporación de la página WEB al servicio de la publicidad de las licitaciones amplió el espectro de conocimiento de las invitaciones a contratar, porque en lugar de divulgarse en el limitado espacio geográfico que tienen la mayoría de las entidades –municipios, departamentos, distritos y demás entidades descentralizadas por servicios adscritas o vinculadas a estos-, pasó a difundirse a través de un sistema de cobertura nacional e internacional, visible en cualquier

computador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana, instalado en cualquier sitio donde se ubique el interesado en la consulta.

PLIEGO DE CONDICIONES - Noción. Definición. Concepto / PLIEGO DE CONDICIONES - Fundamento / PLIEGO DE CONDICIONES - Contenido. Regulación normativa

El pliego de condiciones establece el conjunto de cláusulas aplicables al contrato, y por supuesto determina el procedimiento para la escogencia del contratista. En ese orden, tiene un contenido mixto, porque además de que detallan las características del negocio jurídico, fijan la forma como la administración seleccionará al contratista. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones debe contener: i) los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; ii) las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación; iii) las condiciones precisas de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; iv) las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad y, v) el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Asimismo, el inciso citado prevé que, en su elaboración, no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 24 de julio de 2003, exp. 25642

PLIEGO DE CONDICIONES - Objeto

El punto inicial y trascendente del pliego es la especificación del objeto del contrato: Debe detallarse en forma puntual, clara, y completa, de modo que permita a los interesados en el proceso de selección conocer "qué es lo que la administración quiere y como lo quiere". Su indeterminación viola el principio de selección objetiva, porque -como lo precisa Luis Guillermo Dávila V. desdibuja los parámetros comunes para evaluar y, en consecuencia, conduce a que cada proponente se sujete a su propio criterio y, eventualmente, la entidad decida según su fuero interno. José Roberto Dromi conviene en que el objeto del contrato es el primer aspecto a especificar en el pliego de condiciones. En este sentido, señala que su identificación clara y precisa es requisito fundamental, por ser la única forma en que las ofertas responden a las necesidades de la administración. También indica que la indeterminación del objeto conduce a la presentación de ofertas heterogéneas, en consecuencia, sin este requisito los interesados no sabrán qué ofrecer, o sus propuestas no podrán compararse con objetividad, para garantizar el principio de selección objetiva. Además, la homogeneidad de las ofertas permite aplicar criterios de valoración idénticos a cada una, así que los términos dispuestos en el objeto contratado no deben siquiera dar lugar a interpretaciones, precisamente para garantizar la igualdad en la escogencia.

PLIEGO DE CONDICIONES - Habilitación jurídica, técnica y financiera

En los pliegos también deben especificarse los requisitos relativos a la selección del contratista, que califican la capacidad del oferente pero no las características propias de la propuesta, en consecuencia, pretenden determinar la idoneidad para la ejecución del objeto del contrato, mediante el cumplimiento de unas condiciones de los licitantes. Los requisitos habilitantes se han distinguido en: i) jurídicos, relacionados con la capacidad de los oferentes para contraer obligaciones y derechos. Se distinguen, entre otros: el Registro único de Proponentes, la capacidad de la sociedad o de la persona natural, las limitaciones a la representación legal, la póliza de seriedad, etc.; ii) técnicos, que se refiere a la idoneidad del oferente en relación con los equipos con que cuenta para ejecutar el objeto, el grupo de profesionales para trabajar, etc; iii) financieros, que determinan si un oferente puede asumir obligaciones económicas, entre ellos se distinguen los estados financieros del oferente.

PLIEGO DE CONDICIONES - Factores de escogencia y ponderación

Además de los requisitos que avalan la idoneidad del oferente, la ley exige determinar los criterios de selección que la entidad utilizará para escoger la mejor propuesta. Estaban enunciados en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007, y entre ellos se pueden incluir: la experiencia, la organización, los equipos, el plazo, etc

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 ARTICULO 29 / LEY 1150 DE 2007

PLIEGO DE CONDICIONES - Plazos

La entidad pública debe determinar, en virtud del principio de economía, el plazo de las diferentes etapas del proceso de selección –los relativos al término para la presentación de las ofertas, la adjudicación, la evaluación, la celebración-, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la complejidad en la ejecución del objeto y, en consecuencia, la mayor o menor dificultad en el estudio y evaluación de las ofertas.

PLIEGO DE CONDICIONES - Condiciones de costo y calidad

El autor Juan Ángel Palacio señala que: “Los criterios que regularán el precio, deben quedar consignados en el pliego con toda claridad, ya que constituye la obligación principal que asume la entidad frente al contratante particular. La forma en que se determinará el precio, el momento del pago y el modo de hacerlo deben quedar consignados, e igualmente se le deben indicar las pautas a los oferentes para su formulación en la oferta, pues si no se expresa nada, se entenderá que pueden presentar precios firmes o reajustables a su conveniencia, si se pacta una suma global o un precio unitario.” El valor del contrato debe ser especificado en el pliego de condiciones porque es un indicativo para la evaluación de las ofertas, y éste debe ser proporcional al costo del bien o servicio que la entidad demanda. En otros términos, para que la oferta no sea rechazada debe ajustarse en este aspecto a los requerimientos de la administración. **NOTA DE RELATORIA:** En términos más precisos la Sección

Tercera del Consejo de Estado, se pronunció respecto al contenido del pliego de condiciones, en sentencia de 4 de junio de 1998, exp. 17783

PLIEGO DE CONDICIONES - Se establecen, en forma obligatoria, definitiva y segura, las características precisas, concluyentes y determinadas tanto del proceso de selección como del negocio jurídico / AVISO PUBLICITARIO - Fines estrictamente publicitarios / INFORMACION CONTRADICTORIA ENTRE EL AVISO PUBLICITARIO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES - Deber del oferente de acatar lo que dispone el pliego

[L]a información que contenía el aviso publicado por la entidad tenía fines estrictamente publicitarios, por ende pretendía comunicar a los interesados la apertura, en el inmediato futuro, de un proceso de licitación. Por este sólo aspecto este documento de ninguna manera es equiparable a la vinculación que tiene para los oferentes y para la entidad el pliego de condiciones. (...) es injustificable la razón que expresó el apelante para desatender el dato de ese documento: que entre la disparidad de datos optó por proponer un plazo de ejecución de 4 meses, cuando es evidente que debió sujetarse, sin miramientos ni ambages, a las condiciones que la entidad estableció en el pliego de condiciones, lugar o documento que contiene la información técnica, jurídica y de negocio que los oferentes deben atender. Para la Sala es inaceptable que un oferente, contando con dos datos diferentes sobre el plazo de ejecución del contrato, simplemente se inscriba en uno, e ignore el otro, actitud imprudente que lo hace responsable de su conducta sin justificación. Pero sobre todo, se acogió al plazo que indicado en un documento que claramente no tiene la envergadura suficiente para precisar con invariabilidad la condición del futuro negocio: los avisos que publicitaron la licitación; en lugar de acoger el dato contenido en el documento que, sin duda, sí tiene ese propósito, reconocido por la normativa contractual, la doctrina y la jurisprudencia: el pliego de condiciones. De esta manera, la Sala reprocha al apelante que presentara la oferta en el proceso de licitación sin considerar en este aspecto el pliego de condiciones, actitud injustificada que muestra su responsabilidad por no esforzarse en resolver la duda que debió surgirle cuando elaboró la oferta (...) si en gracia de discusión la diferencia entre el pliego y el aviso indujera a un error serio, tan grave e insuperable que su propuesta no pudo atender, debió acatar, en forma íntegra y sistemática, el numeral 1.1.1. del pliego (...) Esta previsión debió observarla el oferente, tanto al formular la propuesta como para aclarar las dudas respecto a las diferencias que encontrara entre los documentos de la licitación y el pliego. (...) En el expediente no hay prueba de que el demandante haya actuado de ese modo, es decir, no se dirigió al Jardín Botánico para que le aclarara el término de ejecución; en su lugar formuló la oferta, en forma imprudente y caprichosa, para después imputarle a la administración este defecto, cuando él debió resolverlo bien, o a falta de esto preguntarle a la administración para que le definiera la situación. Por este sólo aspecto, Carlos Orlando Becerra no acreditó que su oferta fuera la mejor, porque incurrió en una causal de rechazo de su propuesta, en consecuencia nunca ocupó el primer lugar del proceso de selección, así que la pretensión indemnizatoria no prosperará, y esto hace improcedente el restablecimiento del derecho que reclama en el recurso de apelación. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 25642

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332)

Actor: CARLOS ORLANDO BECERRA

Demandado: JARDIN BOTANICO JOSE CELESTINO MUTIS

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -fls. 176 a 186, cdno. ppal.-, que accedió parcialmente a sus pretensiones, en los siguientes términos:

“FALLA

“PRIMERO: Declárase la nulidad de las Resoluciones 050 y 051 de 1994 expedidas por la Dirección del Jardín Botánico José Celestino Mutis dentro de Proceso Licitatorio JEI-002-94.

“SEGUNDO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

“TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, remítase copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

“CUARTO: Sin condena en costas.

“QUINTO: Reconózcase y páguese a cada uno de los curadores adlitem, reconocidos dentro del proceso, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$150.000.00), de conformidad con lo establecido en el artículo 388 del C.P.C., modificado por el artículo 41 de la Ley 794 de enero 8 de 2003.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Carlos Orlando Becerra -en adelante el demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda –fls. 2 a 17, cdno. 1- contra el Jardín Botánico José Celestino Mutis – en adelante el demandado- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones –fl. 12, cdno. 1-:

“III. PRETENSIONES

“Solicito que como consecuencia del presente proceso, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que son nulas las resoluciones 050 y 051 de 1994, proferidas (sic) ambas por el Director del Jardín Botánico ‘JOSE CELESTINO MUTIS’, mediante las cuales sucesivamente se declaró desierta y se adjudicó la licitación pública JB- 02-94.

“2. Que como consecuencia de lo anterior y a manera de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demanda (sic) a pagar a mi poderdante las sumas de dinero a que se refiere el capítulo de cuantía de esta demanda, que son las siguientes:

“Valor de la utilidad actualizado a la fecha de la demanda	\$17'000.000.00
“Intereses	\$ 1'500.000.00

“Total	\$ 18'500.000.00

“Estos valores aumentan con el paso del tiempo, por la causación de intereses y los respectivos ajustes.

“3. Que se condene a la entidad demandada a pagar a mi mandante las anteriores sumas debidamente actualizadas de modo

que la condena no pierda su valor intrínseco y la indemnización sea plena.

“4. que se condene a la entidad demandada a pagar los intereses que corresponda de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley.

“5. Que se condene a la entidad a pagar las agencias en derecho y las costas del proceso.”

En su demanda, manifestó que el 8 de agosto de 1994, el Director de la entidad pública abrió la licitación No. JB-02-94, para contratar la adecuación, en adoquín, de las vías internas y del área de la cascada del Jardín Botánico “José Celestino Mutis”. Se presentaron cuatro ofertas: i) Obcipel Ltda., ii) Carlos Orlando Becerra, iii) Construcciones V & S Ltda. y iv) Carlos Julio Mayorga.

El 1 de diciembre de 1994 se inició la audiencia pública de adjudicación del contrato, donde el demandante refutó los planteamientos de algunos documentos de la evaluación de la propuesta, y concluyó que su oferta no podía descartarse por ausencia de la copia de una resolución del SISE, toda vez que, en su lugar, se anexó una certificación de la misma entidad. Después de debatir algunos aspectos la entidad suspendió la audiencia, hasta el 16 de diciembre de ese año. En la fecha indicada se reinició la audiencia y el Director de la entidad declaró desierta la licitación, mediante la Resolución No. 50.

No obstante, sin que mediara citación posterior, y sin estar en audiencia, el representante legal revocó el acto administrativo, mediante la Resolución No. 51, y adjudicó el contrato a Construcciones V & S Ltda.

Para controvertir la declaración de desierta y la posterior adjudicación esta decisión explicó que en el literal a) del numeral 3.9.2 del pliego de condiciones, se estableció que no se tendrían en cuenta en el proceso de selección las propuestas cuya desviación, en el sentido positivo o negativo, fuera superior al 10% de la media geométrica, es decir, aquellas cuyos valores no estuvieran comprendidos entre el 90% y el 110% de dicha media. En este orden, las propuestas de Obcipel Ltda. y de Carlos Julio Mayorga debían desestimarse.

Asimismo, las dos ofertas habilitadas eran las de la sociedad Construcciones V & S Ltda. y la del demandante. A su vez, aseguró que su oferta era ostensiblemente más favorable a la entidad demandada, razón por la que debía adjudicársele el contrato.

También se refirió a la ilegalidad de los actos demandados, y sostuvo: a) que la Resolución No. 50, que declaró desierta la licitación, violó el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que “por un simple defecto de forma” declaró que el demandante incurrió en una causal de rechazo de la propuesta; igualmente señaló que dicho acto administrativo desconoció el numeral 18 de la misma norma, porque declaró desierta la licitación por una causal distinta a la única prevista en la ley. Aseguró que la inconveniencia de la propuesta no era motivo válido para fundamentar la decisión, y finalmente afirmó que el acto administrativo desconoció el numeral 10 del artículo 30 del estatuto de la contratación pública, pues no se profirió en audiencia pública.

b) Aseguró que la Resolución No. 51, por medio de la cual se adjudicó el contrato, violó el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la entidad pública le impuso a los oferentes un requisito innecesario: aportar la resolución de inscripción en el SISE vigente, por lo que debía anularse esa exigencia del pliego de condiciones.

c) El acto administrativo contravino el artículo 29 del mismo estatuto de contratación, porque aun cuando la entidad demandada consideró inconveniente la propuesta de la sociedad Construcciones V & S Ltda., inexplicablemente, dos días después, le adjudicó el contrato.

d) Finalmente, la Resolución No. 51 también desconoció el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80, porque este acto no se profirió en audiencia pública.

2. Contestación de la demanda

2.1 De la entidad demandada: Preciso que se atendería a lo probado en el proceso y se opuso a la prosperidad de las pretensiones porque, a su juicio, el representante de la entidad adelantó la licitación conforme al procedimiento indicado en la Ley 80 de 1993.

2.2 De los oferentes, representados por curador ad litem: El curador de la sociedad Obcipel Ltda. y el de la sociedad Construcciones V & S Ltda. se atuvieron a los resultados de las pruebas, y se opusieron a las pretensiones formuladas.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Reiteró que la Resolución No. 50 -que declaró desierta la licitación- adoleció de: vicios formales y procedimentales; indebida motivación –porque la entidad no explicó en forma detallada la razón por la que la ausencia de la resolución de inscripción en el registro único de proponentes implicó el rechazo de su propuesta-; y de expedición irregular –porque la decisión no se adoptó en audiencia pública-. Asimismo, señaló que el acto administrativo era ilegal, pues desconoció los principios de economía y transparencia; el artículo 10 del Código Contencioso Administrativo; los numerales 2, 15 y 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; y el literal b del numeral 5 del artículo 24 del estatuto de la contratación pública.

Aseguró que la Resolución No. 51 de 1994 también adoleció de: indebida motivación, toda vez que no justificó la adjudicación del contrato a un oferente que fue rechazado en el acto administrativo No. 50 de la misma entidad; expedición irregular; ilegalidad en cuanto al objeto; y precisó que la decisión de la administración desconoció los principios de economía y selección objetiva.

3.2. De la entidad demandada: Se refirió a la audiencia inicial de adjudicación y a los motivos de rechazo de la propuesta del demandante –entre otras razones advirtió la ausencia de la resolución de inscripción en el SISE-, afirmó que la audiencia se suspendió para reevaluar las ofertas presentadas, y que las observaciones de las sociedades fueron resueltas oportunamente. De

otro lado, aseguró que para declarar desierta la licitación se atuvo a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80, y que el artículo 69 del Decreto 01 de 1984 lo facultó para revocar dicha decisión y adjudicar el contrato a la única propuesta que podía resultar ganadora. Finalmente, señaló que las resoluciones no adolecieron de vicios de forma y que se ajustaron a derecho.

3.3. *Concepto del Ministerio Público:* No intervino en esta etapa del proceso.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló las resoluciones, pero negó las demás pretensiones indemnizatorias.

En primer lugar, consideró fundado el cargo por falsa motivación en la expedición de las Resoluciones No. 50 y 51 de 1994, puesto que en los dos actos administrativos las razones de la decisión no fueron suficientes; en este orden, tratándose de disposiciones que afectaban a particulares, debían exponerse, con precisión y exactitud, los motivos que condujeron a la administración a acoger el sentido de tales determinaciones –en virtud del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo-.

El segundo cargo del demandante también prosperó -expedición irregular de los actos administrativos-, toda vez que las decisiones demandadas no se adoptaron en audiencia pública. La tercera acusación también se declaró fundada -desconocimiento de los principios de economía y transparencia-, porque a pesar de que el demandante no aportó la resolución de inscripción en el SISE, el Jardín Botánico contaba con esa información, ya que el SISE remitía a todas las entidades del Distrito lo relativo a la clasificación y calificación de los contratista.

Finalmente, el *a quo* negó la indemnización de perjuicios, al señalar que no se adquiere un derecho por la participación en una licitación pública, además, no

se demostró que la propuesta de la parte actora fuera la más favorable. Finalmente, no condenó en costas.

5. El recurso de apelación

El demandante se mostró satisfecho con la declaración de nulidad de los dos actos administrativos demandados, pero no con la decisión que negó su pretensión patrimonial.

Aseguró que para reconocer los perjuicios debía tenerse en cuenta el cumplimiento de los requisitos del pliego de condiciones, además de que su propuesta era la más favorable para la entidad, y de acuerdo con los “cuadros de evaluación”, su oferta fue la mejor, comoquiera que se acogió a los aspectos técnicos, jurídicos y financieros especificados.

Reiteró que su oferta no se comparó con las otras, porque se rechazó ilegalmente, pero de haberla examinado era la más conveniente. A su vez, señaló que el tribunal omitió valorar algunos elementos de convicción, que evidenciaban que era el mejor oferente, entre ellos se refirió al cuadro de evaluación financiera, al cuadro de evaluación jurídica, al cuadro de evaluación técnica, y al oficio 96D-907. En este sentido, precisó que de las cuatro propuestas sólo dos eran hábiles, y que entre éstas debió escogerse la suya, porque era la más conveniente.

Finalmente, señaló que en el acto que declaró desierta la licitación, se advirtió que la oferta de la sociedad Construcciones V & S era inconveniente para la administración, no obstante se le adjudicó el contrato, aun cuando tampoco tenía el costo evaluado más bajo. Por lo expuesto, solicita que se revoque el numeral segundo de la sentencia, y que en su lugar se conceda el pago de la utilidad que obtendría de habersele adjudicado el contrato, que se cuantificó en el dictamen pericial.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. *Del demandante:* Reiteró que el tribunal desestimó varias pruebas, que evidenciaban que era el mejor proponente, y señaló que tenía el costo evaluado más bajo, criterio de selección decisivo en el pliego de condiciones. En razón a lo expuesto insistió en el reconocimiento de las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

6.2 *Los demandados y el Ministerio Público* no se pronunciaron en esta etapa.

CONSIDERACIONES

El debate se contrae a determinar si el demandante tiene derecho a que el Jardín Botánico José Celestino Mutis le reconozca los perjuicios que reclama, ya que –sostiene- debió adjudicársele la licitación del caso *sub iudice*. Esto significa que en esta instancia no se examinará la nulidad decretada sobre las resoluciones demandadas, pues el apelante fue único, y se trata de la parte actora, favorecida con la decisión del tribunal¹, así que por aplicación del

¹ En la sentencia del 19 de octubre de 2011-exp. 18.082- la Sección Tercera precisó el alcance de los recursos de apelación, en relación con la competencia que adquiere el juez de segunda instancia sobre el proceso: “El *a quo* accedió parcialmente a las súplicas del proceso, de manera que la parte demandada apeló la decisión, para que se revoque. Por su lado, la parte actora discutió la necesidad de revocar la decisión en relación con los aspectos enumerados en el punto 4.1.2. de esta providencia, de manera que a ella se circunscribirá el estudio de su inconformidad.

“Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de las partes, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: ‘... Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.’

“No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir -según acontece en el proceso-, que de la infinidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el *a quo*- la Sala sólo se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el *a quo* no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el parágrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: ‘El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. *Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia.*’ (Resalto fuera de texto)

principio de la *no reformatio in pejus* ese aspecto se mantendrá incólume –art. 31 de la CP.-.

En este orden, y previo al estudio que corresponde adelantar para decidir el recurso, advierte la Sala que confirmará la sentencia y, en consecuencia, negará las pretensiones indemnizatorias de la demanda. Para justificarlo se expondrán las siguientes razones: *i)* la competencia de la Corporación para conocer del recurso de apelación; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera sobre las condiciones exigidas para reconocer la pretensión resarcitoria del demandante, luego de anularse el acto que *declara desierta* una licitación o del que adjudica incorrectamente la misma, *iv)* contradicciones e incongruencias en los documentos que hacen parte del proceso de licitación, y consecuencias para las partes; lugar donde se analizará: a) la responsabilidad por la información, documentos y demás datos que forman parte del proceso de selección y b) contradicciones en la información divulgada por la entidad en los *avisos* que anuncian la licitación y en el *pliego de condiciones* y *v)* el caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129² del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999

“En este horizonte, la Sala no estudiará los aspectos de inconformidad que la parte actora introdujo en los alegatos de conclusión en esta instancia, sino sólo los que planteó cuando sustentó el recurso de apelación –así hubiera sido de manera sucinta-, y que quedaron identificados en el numeral 4.1.2. Los demás temas o decisiones, aunque le hayan sido desfavorables, no los apeló ni los sustentó, de manera que se entiende que quedó conforme con la decisión que se adoptó sobre ellos, actitud que es perfectamente posible, cuando la providencia convence a la parte que litiga sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.”

² “Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003³-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos contractuales.

En el asunto que nos ocupa, el demandante presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Jardín Botánico José Celestino Mutis, pretendiendo el pago de perjuicios, además de la nulidad del acto que declaró desierta una licitación pública y del que luego adjudicó el contrato, por considerar que su oferta era la mejor. Finalmente, cuando se presentó la demanda -21 de abril de 1995 - para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$2'200.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$17'000.000.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia y su solución en segunda instancia, se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, que resultan relevantes para decidir el caso *sub iudice*, y sobre todo para apoyar el sentido de la decisión que se anunció.

a) El 8 de agosto de 1994, el Jardín Botánico “José Celestino Mutis” ordenó la apertura de la licitación pública No. JB-002-94, para contratar la adecuación en adoquín de las vías internas y del área de la cascada de la entidad –fl. 1, cdno. 2-. Este contrato se rigió por la Ley 80 de 1993.

³ “Artículo 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)”

“Sección tercera (...)”

“Las controversias de naturaleza contractual.”

Se presentaron cuatro propuestas -entre los que se encontraba el demandante-:

i) Construcciones V&S Ltda.; ii) Obcipel Ltda.; iii) Ing. Carlos Orlando Becerra y iv) Ing. Carlos Julio Mayorga.

b) El *aviso de prensa* de la licitación pública anunció que el *plazo máximo* de ejecución de las obras era de cuatro (4) meses –fl. 3, cdno. 2-; pero en sentido diferente el *pliego de condiciones* estipuló, en el numeral 5.1, que el plazo de ejecución era de tres (3) meses –fl. 88, cdno. 2-.

Asimismo, el numeral 1.1.1. del *pliego de condiciones* también estableció la siguiente exigencia:

“El proponente deberá examinar cuidadosamente los presente documentos, los cuales constituirán una exigencia de obligatoriedad legal en caso de que le sea adjudicada la Licitación.

“Si el proponente encuentra discrepancias u omisiones en las especificaciones o en los demás documentos, o si se tiene alguna duda en cuanto al significado, deberá dirigirse inmediatamente al Jardín Botánico ‘José Celestino Mutis’ y obtener una aclaración al respecto, antes de presentar su propuesta.” –fl. 57, cdno. 2-.

c) La entidad celebró la audiencia pública de adjudicación, donde presentó los conceptos jurídico, técnico y financiero de cada propuesta. En particular, la Sala destaca que la oferta del demandante fue objetada por dos aspectos: i) el plazo ofrecido para ejecutar las obras y ii) la inscripción en el Registro de Proponentes del Distrito:

“Se refiere a V&S Ltda. No presenta la Hoja de vida ni documentos que acrediten inscripción de la persona que avala la propuesta, incurriendo en las causales previstas en el numeral 3.6.3 del Pliego, manifestando que más adelante se dará lectura a dos cartas de los proponentes, aclarando estos puntos que se acaban de tratar.

“Carlos Julio Mayorga. Observación de forma, no discrimina el AIU en la propuesta propiamente dicha, pero lo hace en la carta remisoría.

“OBCIPEL LTDA. Observaciones de forma que, la propuesta propiamente dicha no discrimina cada uno de los factores

componentes del AIU, pero si lo hace en la carta remisoría, que el Ingeniero Civil que avala la propuesta no presentó documentos que acrediten que se encuentra inscrito. Causal de rechazo 3.6.3. Presenta certificado de Inhabilidad expedido por el SISE, observación de forma.

“Finalmente **CARLOS ORLANDO BECERRA CASTILLO, en la carta remisoría establece un plazo de cuatro (4) meses, distinto al establecido por el Pliego.** No presenta certificado de inhabilidad expedido por el SISE, observación de forma y otra observación que lo hace incurrir en causal 3.6.3 del Pliego de condiciones es que no presenta resolución de inscripción en el SISE.” (Negrillas fuera de texto) –fls. 20 y 21, cdno. 2-.

El Director de la División de Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas -encargado del concepto técnico de las ofertas-, señaló que los vicios de cada una eran formales, en consecuencia las cuatro eran hábiles -fls. 21 y 22, cdno. 2-

En el mismo sentido, el funcionario de la entidad encargado de rendir el concepto financiero precisó que todos los proponentes disponían de la capacidad económica exigida, por ende cumplían la exigencia del pliego de condiciones –fl. 23, cdno. 2-.

d) La audiencia de adjudicación se prorrogó 15 días, porque la entidad encontró precedentes algunas inquietudes que formularon los participantes, *in situ*, al debatir el informe de evaluación que presentó la entidad estatal.

e) El 6 de diciembre de 1994 -mientras transcurría el término de prórroga de la audiencia (citada para el 16 de diciembre de 1994)- el demandante formuló a la entidad, por escrito, varios interrogantes, derivados de lo que se discutió en la audiencia inicial. Sostuvo: “En el aviso de convocatoria pública reza: ‘... plazo máximo de ejecución... cuatro meses (4) meses’. Dentro del pliego se lee: ‘una vez adjudicada la licitación...El plazo de ejecución será (sic) de tres (3) meses...’. Según la ley, **cual (sic) es el plazo a tener en cuenta y por qué no se aclara (sic) esto dentro del ordenamiento legal a fin de evitar interpretaciones subjetivas y generara dudas a los proponentes.**” (Negrillas fuera de texto) -fl. 29, cdno. 2-.

De esta manera, para la Sala es claro que la razón del rechazo de la oferta del demandante también incluyó la problemática del *plazo de ejecución del contrato*, pues la entidad le reprochó al oferente que propusiera ejecutar las obras en cuatro (4) meses, cuando eran tres (3); y el oferente se defendió precisando que la entidad invocó 4 meses en el aviso de invitación a contratar.

f) La audiencia pública de adjudicación se reinició el 16 de diciembre de 1994. La entidad resolvió las inquietudes de los oferentes, y respecto al debate sobre el plazo de ejecución que indicó el *pliego de condiciones* y el consignado en los *avisos de prensa*, precisó: "... 'Sí hubo una inconsistencia en el aviso, pero cuando las personas compraron los pliegos se dieron cuenta que la administración establecía un plazo para la ejecución de las obras de 3 meses, además en la carta de presentación de la propuesta se dice, por parte de los proponentes, que están de acuerdo en los términos y las exigencias que hace el pliego, luego ahí se está corroborando y se entiende que tanto los proponentes como la administración están de acuerdo con las reglas de juego en las que se estableció un plazo de 3 meses.'" –fl. 34, cdno. 2-.

g) Finalmente, la entidad declaró desierta la licitación, pero posteriormente revocó esta decisión y adjudicó el contrato a la Sociedad Construcciones V&S.

h) Se recuerda que la Sala da por admitido, para los efectos de la segunda instancia de este proceso, que las dos decisiones a que se refiere el literal anterior fueron anuladas por el tribunal administrativo, es decir, el Jardín Botánico incurrió en varios errores que condujeron a esa decisión, y por tanto la administración se equivocó al declarar desierto el proceso de selección y luego al adjudicar el contrato a Construcciones V&S.

3. Jurisprudencia de la Sección Tercera sobre el derecho a recibir indemnización cuando se anula el acto que *declara desierta* una licitación o el que la *adjudica* incorrectamente.

No obstante la nulidad decretada sobre los dos actos administrativos demandados por la parte actora, es criterio jurisprudencial reiterado que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se pretende, además, el restablecimiento del derecho, porque el oferente considera que su propuesta debió ser la escogida, deben acreditarse dos condiciones: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo –aspecto satisfecho por la parte demandante del caso *sub iudice*-; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor⁴.

Sobre estos dos aspectos, en sentencia del 11 de agosto de 2010 -exp. 19.056-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo reiteró este criterio y advirtió que para acceder a la pretensión indemnizatoria, derivada de la nulidad del acto de adjudicación, es necesario acreditar que en el proceso de selección la propuesta de oferente se desestimó aun cuando era la más favorable:

“Respecto de la pretensión de pago de la totalidad de las utilidades que el actor esperaba obtener, reitera la Sala en esta ocasión que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, exige la comprobación de las irregularidades en su expedición y su consecuencial nulidad, así como también la demostración de que la oferta presentada por quien reclama era la mejor.”

⁴ En sentencia del 28 de junio de 2012 -exp. 22.510-, la Sección Tercera se refirió a las condiciones probatorias *sine qua non*, para que proceda la nulidad del acto de adjudicación y el restablecimiento del derecho, porque la oferta del demandante debió adjudicarse. En esa oportunidad la Sala sostuvo: “Cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, (i) demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, y de otra, pues no resulta suficiente que el actor alegue y ponga en evidencia la ilegalidad del acto, (ii) probar, por los medios adecuados, que su propuesta era la mejor y más conveniente para la administración...”

Asimismo, en la sentencia del 3 de mayo de 1999 -exp. 12.344-, la Sección Tercera precisó: “...el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento (sic) del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección...”

En la sentencia del 27 de enero de 2012 -exp. 19.932-, la Sala sostuvo, en armonía con muchas otras decisiones, que para acceder a la pretensión indemnizatoria por indebida adjudicación de una licitación, es necesario que la parte que se considera afectada demuestre que su oferta era la mejor, y que de no ser por la ilegalidad de la administración –que también debe probar- se le habría adjudicado:

“...se requieren dos condiciones para que salga adelante la pretensión de nulidad del acto de adjudicación: a) que se pruebe la ilegalidad de la decisión adoptada por la Administración; y b) que la parte actora demuestre que su oferta era la mejor y que de no ser por el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del proceso de selección.”

En la sentencia del 8 de febrero de 2012 -exp. 20.688-, la Sección Tercera reiteró las condiciones para que prospere la pretensión indemnizatoria del acto que adjudica el contrato y desestimó la mejor oferta del proceso de selección. Sostuvo que es necesario acreditar –además de la ilegalidad del acto administrativo, cuya condición para el caso *sub iudice* quedó satisfecha en la decisión de la primera instancia- que su propuesta era la mejor.

En el mismo sentido, en la sentencia del 16 de agosto de 2012 -exp. 19.216-, la Sección Tercera precisó que las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación y de indemnización por escogencia indebida de la oferta, se soportan, probatoriamente, en la acreditación de la lesión de normas superiores del ordenamiento, y en la demostración de que la propuesta del demandante es la más favorable para la entidad:

“En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala ha dicho que, cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración -en términos del servicio

público-, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Lo expresado significa, como reiteradamente ha sostenido la Sección Tercera, que para acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección –aunque es presupuesto indispensable-; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación.

En esta línea argumentativa –se insiste-, el primer aspecto exigido para que prospere la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no será objeto de pronunciamiento en esta instancia, porque el demandante es apelante único, y el tribunal -en primera instancia- accedió a la pretensión anulatoria de los actos administrativos –tanto el que declaró desierto el proceso de selección como el que adjudicó el contrato-. En consecuencia, el análisis se circunscribirá a examinar el cumplimiento, por parte de los oferentes, de las exigencias establecidas por la administración, y en particular en determinar si el demandante presentó la mejor oferta.

4. Reglas sobre la responsabilidad derivada de las *contradicciones e incongruencias* de los documentos que hacen parte del proceso de selección: *Análisis especial de los avisos de prensa –hoy avisos en página web- y del pliego de condiciones.*

Según el análisis realizado por la Sala en el acápite de *lo probado en el proceso*, en la propuesta que el demandante presentó al Jardín Botánico José Celestino Mutis -concretamente en la *carta remisoría*-, el término propuesto para ejecutar el contrato fue de cuatro (4) meses; pero la entidad lo cuestionó porque el pliego de condiciones exigió tres (3) meses, así que esa diferencia la entendió como

apartamiento de los requisitos o condiciones del pliego, y por ende estimó que la propuesta no se ajustaba, es decir que no era la más favorable.

El proponente -ahora demandante, y apelante- se defendió ante la entidad -en la audiencia de adjudicación y en un escrito separado- expresando que los *avisos de prensa* publicados en periódicos de amplia circulación -que publicitaron el proceso de licitación- indicaron que el plazo de ejecución era de cuatro (4) meses, dato que la Sala confirmó al examinar este documento, que se encuentra en el folio 3 del cdno. 2.

Según lo expresado, y teniendo en cuenta que para acceder a la pretensión indemnizatoria es necesario que al demandante no sólo le prospere la pretensión anulatoria de los actos administrativos que contienen la decisión, sino que acredite que su oferta era la mejor -es decir, que ocupaba el primer lugar en la evaluación-, debe superar la circunstancia problemática que se describió antes, es decir, que la oferta debió rechazarse si la entidad tiene razón sobre su apreciación del plazo ofrecido para la ejecución de la obras; en cambio, si la razón la tiene el demandante entonces la oferta se debió admitir y evaluar conforme a los demás requisitos del pliego.

Para examinar esta circunstancia la Sala analizará: i) responsabilidad de quien elabora la información, los documentos y demás datos que forman parte del proceso de selección, y la ruptura condicionada de esta regla, y ii) contradicciones en la información divulgada por la entidad: a) análisis sobre los avisos de convocatoria y b) análisis sobre el pliego de condiciones.

4.1. Responsabilidad de quien elabora la información, los documentos y demás datos que forman parte del proceso de selección, y ruptura condicionada de esta regla.

La idea directriz que rige el contenido de la abundante información –usualmente de carácter jurídico, técnico y financiero- que se produce en los procesos de selección de contratistas, es que tiene una relación inmediata, estrecha y coherente, que contribuye a que los destinatarios hallen los datos que necesitan

para construir los documentos que los comprometerán al interior de las distintas etapas del proceso de selección⁵.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que en la fase de planeación de la contratación –antes de la apertura de los procesos de selección- el responsable principal de la calidad y veracidad de la información es la entidad estatal, porque ella elabora, corrige, perfecciona y luego exhibe o publica, para lectura de los futuros oferentes, los datos de los cuales se servirán.

En este horizonte, los documentos que elabora la entidad –bien con su personal o con personas contratadas para ese propósito- son: convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos –suelos, hidráulicos, prediales, etc.-, análisis de oportunidad y conveniencia –que incluye un estudio especializado de riesgos-, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones.

⁵ En *Responsabilidad precontractual* -editorial Rubinzal –Culzoni, 2006. Buenos Aires- Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, sostienen que la “La información es un elemento trascendente al momento de decidir la contratación o no.

“Por supuesto que esta trascendencia se hace más notoria en esta etapa de trato previo que lleva hacia el contrato definitivo.

“La información debida en esta etapa se proyecta no sólo al momento del perfeccionamiento, sino a toda la vida del contrato definitivo mismo.

“Por ello en determinada clase de contrataciones se debieron dictar normas de orden público destinadas en algunos casos a obligar a informar correctamente para que no exista vicio alguno al momento de contratar (ej. Leyes 24.240, 22.802) y en otros supuestos a proteger la información de ‘otros’, pero con efectos en la contratación futura.

“Las partes están obligadas a informar adecuada y correctamente a la contraria para que ésta decida sin error engaño o confusión.

“La información debe ser adecuada, completa y precisa.

“La violación de esta obligación que genere daños implica responsabilidad.

“La violación de esta obligación sin que genere daños puede igualmente dar lugar a sanciones o penalidades.

“En la etapa precontractual, de tratativas de negociación, de elección o de trato previo, la información es trascendente.”-págs. 68 y 69-

Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento -al interior de sí mismo-, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general.

En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información⁶, porque a la entidad le corresponde definir -con amplia discrecionalidad, técnica y jurídica- qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá -usualmente determinadas por la necesidad material y por la capacidad de pago- y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario⁷.

⁶ La participación de los interesados en contratar con el Estado es prácticamente nula en esta etapa, salvo para el "proyecto de pliegos de condiciones", porque la Ley 1150 y su reglamento exhortan a los interesados en participar en la selección a presentar sugerencias, observaciones, y en general solicitudes, que contribuyan a perfeccionar el contenido del futuro pliego de condiciones, es decir del negocio. En este sentido, el art. 8 de la Ley 1150 dispone:

"Artículo 8. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.
(...)

"Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

"Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos."

⁷ José Roberto Dromi, en *La licitación pública*, se refiere a la *fase preparatoria* del proceso de selección, en los siguientes términos: "En esta etapa se llevan a cabo los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes, licitadores o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones.

"Una vez aceptada la decisión de contratar, se realizan los proyectos técnicos, en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia del crédito y su asignación presupuestaria.

"Cuando la administración resuelve contratar, confecciona el pliego de condiciones, el cual constituye en realidad 'ley de la licitación' y, en consecuencia, la 'ley del contrato' toda vez que en él se

La idea expresada es directamente proporcional a la responsabilidad que surge por la existencia de fallas o defectos derivados de la calidad y precisión de la información, de manera que, *como principio*, quien elabora la información asume los yerros que contenga. De esta manera, por el dato incorrecto responde quien lo elabora –*dato errado*- y también por el dato contradictorio –*dato incongruente* en el mismo escrito o en distintos documentos-, sobre todo si pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta.

Al respecto, la Sección Tercera, en sentencia del 30 de mayo de 1991 -exp. 3.577-, expresó al anterior idea en los siguientes términos: “... en la interpretación de la conducta humana que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la propia ley, debe aceptarse que las cláusulas pobres o confusas, que en tales piezas contractuales aparezcan, deben interpretarse en contra de la administración, que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo de técnicos necesarios para hacer las cosas bien. El contratista llega a la contratación administrativa dominado por los poderes exorbitantes de la administración y haciéndole venia a la filosofía que informa los contratos de adhesión.”

Asimismo, en sentencia del 26 de septiembre de 1996 -sin número de radicación, pero con ponencia del Magistrado Juan de Dios Montes-, dispuso en idéntico sentido- que: “La administración no fue clara al elaborar los pliegos, motivo por el cual las cláusulas confusas del mismo deben interpretarse en contra de quien elaboró la minuta del contrato de adhesión.”

En la misma línea de pensamiento, la Sección Tercera expresó en la sentencia del 30 de julio de 2008 -exp. 23.003-: “... es a la Entidad Estatal contratante a la

específica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y los del Estado y su contratista.

“La determinación de realizar el contrato y las bases y condiciones a las cuales se va a sujetar el procedimiento de selección y el posterior contrato, se plasman en el llamado a licitación, por el cual se *invita a los interesados a presentar su oferta*.” -Buenos Aires. segunda edición, Ediciones Ciudad Argentina. 1995. págs. 96 y 97-.

cual le corresponde precisar o indicar, dentro del pliego de condiciones o del proyecto de contrato, cuáles serán, en cada caso concreto, los plazos específicos máximos con que contará ella para realizar los pagos que en cada ocasión deba efectuar a favor del respectivo contratista particular, por manera que las omisiones -involuntarias o deliberadas-, en que al respecto se incurra dentro de esos documentos, de manera que no se establezcan plazos específicos para el pago de las obligaciones a cargo de la respectiva Entidad Estatal Contratante, mal podrían interpretarse a su favor para efectos de considerar entonces que en todos esos casos la mora de la Entidad no habría de configurarse mientras no hubiere sido judicialmente requerida por su co-contratante, el contratista particular”⁸.

Sin embargo, la premisa trazada no es absoluta ni infalible, aunque constituye la *regla general*, porque sucede -con alguna frecuencia- que la información, pese a que la elabora una parte del negocio, no vincula de manera necesaria, fatal e imprescindible a la parte interesada en el negocio, es decir, puede separarse, incluso en ocasiones tiene el deber de revisar, examinar, hasta corregir la

⁸ En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia del 24 de julio de 2013 -exp. 25.642- expresó: “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.

“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.”

información suministrada, porque posee mejores datos y conocimiento del negocio y su alcance.

No obstante, la anterior *excepción* a la regla exige un análisis detallado de lo que sucede en la etapa precontractual que da origen al negocio, para establecer con certeza y justicia si la carga fuerte que radica en cabeza de quien elabora la información debe romperse y trasladarse a quien ofrece ejecutar el contrato. Incluso, la prudencia e imprudencia al actuar y la buena o mala fe inciden en la determinación de la responsabilidad que se insinúa en la etapa precontractual, o con ocasión del trato, o en la relación entretejida por las partes negocio futuro.

Al respecto, en la sentencia del 3 de febrero de 2000 -exp. 10.399-, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió de esta manera un problema de contradicción entre el *pliego de condiciones* y la *minuta del contrato* acompañada al mismo pliego de condiciones y luego entre *estos dos* y el contrato suscrito finalmente por las partes. La Sala concluyó que la variación introducida con posterioridad prevalece sobre el contenido que tuvo el mismo documento:

“En el caso objeto del presente debate, la Sala observa que en la cláusula cuarta de la minuta del contrato integrante del pliego de condiciones se indicó que el pago del valor del contrato sería por ‘cuentas de cobro previo recibo de las mercancías’ y nada se decía sobre el pago de un anticipo, lo cual tiene concordancia con las garantías del contrato que tampoco incluían la correspondiente a este concepto, de tal manera que la minuta no presentaba contradicciones. Pero dicha cláusula de la minuta del contrato si se contradecía con el numeral 3.6 del mismo pliego de condiciones, en el cual se solicitó a los proponentes indicar las condiciones y forma de pago, reservándose el Fondatt el derecho de aceptarlas o no. La contradicción que se presentó en el pliego de condiciones entre el numeral 3.6 y la cláusula cuarta de la minuta del contrato, sólo correspondía aclararla a la administración en el acto de adjudicación.

“El silencio de la administración no significaba el rechazo de la forma de pago de la propuesta, sino por el contrario su aceptación y por ello debió expresamente manifestarlo. Esta precisión resulta útil porque una cosa es que una oferta sea condicionada y otra es que el ofrecimiento del proponente provenga de la interpretación que tiene del pliego de condiciones, ya que en el primer evento a

la administración no le queda otro camino que rechazar la propuesta porque son inadmisibles las propuestas que establezcan condiciones a cargo del licitante o de terceros a las que se sujetan las obligaciones del licitador; mientras que cuando de los términos del pliego de condiciones se desprenden manifestaciones inequívocas de la administración, ésta tendrá la carga de pronunciarse sobre tales condiciones y con mayor razón si se trata de aspectos en los cuales anunció 'reservarse el derecho de aceptarlos o no'.

“Para la Sala no hay duda, porque la redacción del numeral 3.6 no se presta a interpretación diferente, de que el pliego de condiciones le dió libertad a los oferentes para determinar las condiciones y la forma de pago esperada y que si la administración se reservó el derecho de aceptarla o rechazarla debía manifestarse ya fuera en el informe de evaluación de las propuestas, si a éste tenían acceso los oferentes o al menos en el acto de adjudicación para enderezar las condiciones en que la adjudicación se hacía. Pese a lo anterior, ante la omisión de la entidad contratante de efectuar la adjudicación en debida forma, el adjudicatario pudo hacer valer los derechos que surgieron con la aceptación de su propuesta al momento de la suscripción del contrato. Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, "mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía" y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual 'a nadie es lícito venir contra sus propios actos', lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad.”

El Profesor argentino José Roberto Dromi también se refiere, en *La Licitación Pública*, al supuesto en el cual el pliego de condiciones contiene discrepancias, o ilegalidades, o induce a los oferentes a error, entre otros, y sostiene que previo a la presentación de las propuestas éste debe ser impugnado; es decir, admite la facultad de objetar ante la entidad su propio acto: “Cuando arbitrariamente se excluya o impida participar en el procedimiento licitatorio a los oferentes o a los terceros interesados; cuando los pliegos contuvieren cláusulas ilegales limitativas, oscuras, que induzcan a error, o de objeto imposible, así como exigencias que contravengan el pliego reglamentario o la ley, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no autorizadas por ley, o cláusulas que no se ajusten al objeto del llamado, los oferentes y terceros interesados deberán impugnar el pliego.

“Ya hemos dicho que cuando los pliegos incluyen las cláusulas ilegales o favorecen o excluyen a determinados oferentes, o incluyen una marca sin razón técnica que lo avale, u otras irregularidades, las firmas oferentes deben alegarlo antes de la presentación de sus propuestas o al tiempo de esa presentación, solicitando simultáneamente las aclaraciones o modificaciones que correspondan (...)” –ob. Cit. págs. 264 a 266-⁹.

⁹ Para Edgar González López, en *El Pliego de condiciones en la contratación estatal*: “Se reconoce a la administración un grado de discrecionalidad para la configuración del pliego de condiciones, con la consecuencia general de la carga de claridad que debe tener el acto orientador y regulador del proceso precontractual y contractual.” No obstante, traslada cierta responsabilidad a los proponentes en aquellos eventos en los que la entidad admite la posibilidad a los oferentes de presentar observaciones al proyecto del pliego y al pliego mismo. No obstante, señala que: “estas dos premisas han dado lugar a diferencias de criterio sobre hasta dónde llega la responsabilidad de la administración respecto de su carga de claridad en la elaboración de este documento y hasta dónde se traslada al futuro contratista, o se sana, si no presenta observaciones en el proceso precontractual, y luego en la ejecución pretende su reclamación.

“Como es natural en la contratación, deben analizarse los supuestos de hecho específicos para determinar si el silencio del contratista, en la etapa de aclaraciones, puede determinar una exoneración de responsabilidad de la administración, frente a una reclamación del mismo, o si, por el contrario, debe imputarse su responsabilidad, dado el carácter unilateral del documento y acto.

“Consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas incorporadas sean claras y completas, y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues es de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción.

“La administración está obligada a elaborar los pliegos de condiciones y a detallar específicamente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes; la determinación y ponderación de los criterios de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“Así mismo, y mientras se mantenga vigente el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, debe contener en forma mínima los requisitos señalados en el artículo 6 de esta norma. (...)”

“Si el oferente presenta su oferta con fundamento en los estudios previos y en el contenido del pliego, y son incompletos o errados, habrá responsabilidad de la administración.

“Sin embargo, no todos los supuestos quedarían comprendidos en esta regla.

“Si el contratista aceptó el presupuesto oficial de la entidad y presentó su oferta con una cuantía ajustada a éste, no podría reclamar durante la ejecución del contrato un mayor valor, por

De esta manera, el problema que siempre enfrentará el juez, en casos como este, se circunscribe a establecer cómo resolver las contradicciones entre los diferentes documentos que forman parte del proceso de selección, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, *una* fue la indicación que la entidad dio sobre el plazo de ejecución en el *aviso de prensa* que anunció la licitación, y *otra* la que dio en el *pliego de condiciones*.

Para darle otro enfoque al tema –adicional y complementario al analizado-, la Sala recuerda que el art. 23 de la Ley 80 de 1993 –que rigió el proceso de licitación- es el punto de partida normativo para abordar el tema que se anuncia en dicha legislación:

“Artículo 23. *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.**”
(Negrillas fuera de texto)

Lo anterior significa que la hermenéutica de los procesos de selección –etapa precontractual- y las reglas de interpretación de los contratos –etapa

considerar que el presupuesto oficial incluía precios por debajo del mercado o era inconsistente. Es plenamente aplicable la doctrina de los actos propios.

“Para estas conclusiones, parte de la doctrina resalta el deber de colaboración y de buena fe del contratista con la entidad para solicitar las aclaraciones y modificaciones pertinentes, y tendría serios límites para realizarlas durante la ejecución del contrato, pues sería contrario a sus propios actos bajo la doctrina o teoría del acto consentido, salvo casos en que se trate de cláusulas ilegales con nulidad de pleno derecho. En este caso, no podría consentirse o sanearse la ilegalidad, dada la grave infracción del ordenamiento jurídico, y no tendría eficacia que la cláusula haya sido convenida, pues la voluntad de las partes no tiene la capacidad de hacerla legal.

“La carga de claridad también implica carga de la prueba respecto de obligaciones que debió cumplir la entidad y que no tiene por qué ser acreditadas por el contratista para reclamar sus derechos. La constitución de una apropiación presupuestal para amparar los pagos correspondientes al valor del contrato es una obligación de la administración y no del particular, y por lo tanto, no le corresponde a éste acreditarla para la reclamación de sus derechos.” –Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. págs. 91 a 94-.

contractual- están regidas por un conjunto de valores, reglas y principios, cuya conjugación exige pericia, no siempre sencilla, pero tampoco extraña a las habilidades de los operadores jurídicos especializados, porque la indicación que establece la norma citada exige la confluencia de los principios de la función administrativa con los principios de la contratación estatal -contenidos, en su mayoría, en el derecho privado (arts. 1618 y ss. del código civil¹⁰ y 822 del Co. de Co.¹¹)-, sin olvidar los principios constitucionales que permean el

¹⁰ Las reglas que expresa la legislación civil son -entre otras-: “Art. 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

“Art. 1619. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”

“Art. 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

“Art. 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

“Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

“Art. 1622.. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

“Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

“Art. 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.”

“Art. 1624. 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.”

¹¹ Las normas del Código de Comercio son, por lo menos: “Art. 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

“La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”

ordenamiento jurídico público, y con sobradas razones el administrativo-contractual, en particular.

Lo indicado exige, en cada caso, desentrañar cuál criterio se involucra en el litigio interpretativo, para escoger el adecuado y dirimir la controversia con acierto. Si una sola regla, valor o principio es suficiente para resolverla, al margen de la complejidad de su aplicación, el operador jurídico la usará como lo indique su contenido y alcance. No obstante, si se requieren dos o más criterios hermenéuticos para resolverla, no cabe duda que la complejidad incrementa, aunque para el operador jurídico se mantiene el deber de resolver correctamente el problema, en cuyo evento ponderará entre ellos, para matizar adecuadamente la aplicación del que corresponda y solucionarlo.

No obstante, la Sala reconoce que en el contexto de la contratación estatal - extensible a prácticamente todo el derecho administrativo- surge un matiz adicional: La Ley 80 autoriza combinar las reglas y principios del derecho privado con las reglas y principios del derecho administrativo –arts. 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80-, actividad cognitiva compleja, porque si bien en muchos casos coinciden los contenidos, en otros –realmente muchos- el derecho público creó una filosofía autónoma de comprensión de la justicia¹², de ahí que se trate de un

¹² Jean Rivero se refiere al respecto, en *Derecho Administrativo*, en los siguientes términos: “... el principio, en Francia, es la sumisión de la administración a un derecho particular, diferente de aquel (sic) que rige las actividades privadas, en el sentido de que, ante problemas similares (los contratos, la responsabilidad), aporta soluciones distintas. Es lo que se quiere expresar cuando se habla de la *autonomía del derecho administrativo*, de su carácter *derogatorio del derecho común*, y cuando se opone *la gestión pública a la gestión privada* de la administración.

“Esta solución comporta un aspecto negativo –la inaplicabilidad de las reglas del derecho privado, principalmente del Código Civil a la acción administrativa- y un aspecto positivo: la originalidad de las reglas a las cuales está sometida esta acción. Estos dos aspectos se encuentran en los considerandos de la célebre sentencia *Blanco*, del Tribunal de Conflictos de fecha 8 de febrero de 1873 (Gr. Art., p. 5), y que ha, si no fundado, al menos consagrado el principio de la autonomía del derecho administrativo. Las fórmulas que esta sentencia aplica, al problema de la responsabilidad, pueden extenderse al conjunto de la acción administrativa: ‘ésta no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular... ella tiene sus reglas propias, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados’.

“Esta autonomía no excluye la posibilidad, para el órgano que elabora la regla administrativa, de inspirarse en ciertas soluciones del derecho civil adaptándolas a las necesidades de la acción administrativa. Pero esto lo realiza con plena libertad: la autoridad del derecho privado no se extiende a la administración.

derecho autónomo, que resuelve las diferencias de manera especial, según su propia cosmogonía del derecho.

Por esta razón, la Ley 80 sometió a sus operadores jurídicos a un esfuerzo adicional, para construir las líneas conductoras entre el derecho privado y el administrativo, incluida la hermenéutica de los negocios. De ahí que el art. 23 desafíe la tendencia natural que tiene el derecho administrativo a basarse en sí mismo, y en su propia normativa, para encontrar las respuestas a los problemas que se le ofrecen. De esta manera, auxiliarse del derecho privado para construir las respuestas no es la inclinación inicial o de inercia, sino la secundaria, aunque abundante en la práctica.

El resultado de ese forcejeo intencional es lo que expresan los arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993: *la contratación estatal se rige por el derecho privado, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 80 y sus reglamentos*¹³. Esta combinación de normativas, fina y precisa, exige de los administrativistas incorporar en la filosofía de esta área del derecho un ánimo decidido de reconstruir un derecho especial para una administración pública más eficiente, pero todavía garantista de la legalidad, igualdad, transparencia, publicidad, moralidad y demás valores públicos, inspirados por la constitución para el derecho administrativo.

“Esta solución *lógica*, se explica también por circunstancias *históricas*.” -Ed. Universidad Central de Venezuela. Novena edición. Caracas. 1984. págs. 18 y 19-.

¹³ “Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

“Art. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

“Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.”

En este contexto, cabe afirmar que: i) la *primera* regla del art. 23 ordena que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa; ii) la *segunda* enseña que en las mismas actuaciones se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos; iii) la *tercera*, que en la contratación estatal también aplican las reglas de interpretación de la contratación general; iv) la *cuarta*, que además rigen los principios generales del derecho; y v) la *quinta*, que también aplican los principio particulares del derecho administrativo.

De las premisas citadas no todas tienen contenido o alcance hermenéutico, aunque incidan en ello, porque más que referirse a la interpretación de los contratos definen cómo se adelantan los procesos de selección y/o su ejecución -es el caso de la regla primera, y tangencialmente de la segunda, cuarta y quinta-; sin embargo, otras se refieren a problemas propiamente interpretativos de la contratación -principalmente la regla tercera, y tangencialmente la cuarta y quinta-.

De la diversidad de preceptos, la *regla tercera* -que se combina con otras- autoriza acudir a los códigos civil y de comercio, en relación con la interpretación de los contratos, aunque -se insiste- lo usual en derecho administrativo es que sea necesario ponderarlas con otras reglas, principios y valores característicos de lo público, incluida especialmente la Constitución, lo que en cada caso realizará el juez.

De esta manera, la Sala entiende, con claridad y sin ambages, que la rigidez hermenéutica de los contratos de derecho privado, que en la *praxis* se contrae fuertemente a la aplicación de las normas que en este sentido contienen los estatutos civil y comercial, no captura con la misma inflexibilidad al contrato estatal y al procedimiento previo de selección del contratista. Es decir, la interpretación del contrato estatal incluye eso -desde luego!-, pero mucho más, contenido adicional que se halla a lo largo y ancho de los demás principios y

valores no recogidos en el derecho privado sino en el administrativo, y sobre todo en la Constitución, lugar desde el cual se interpreta todo el derecho moderno, incluido el de los contratos de la administración.

4.2. Contradicciones en la información divulgada por la entidad en los avisos que anuncian la licitación y en el *pliego de condiciones*.

Recuérdese que en el caso *sub iudice* existe una contradicción, evidente, entre el *pliego de condiciones* y el *aviso* publicado por la entidad en el periódico – anunciando la licitación-, pues aquél dispuso que el plazo de ejecución de las obras era de 3 meses, mientras éste dispuso que era de 4 meses. Por su parte, el demandante propuso ejecutar la obra en 4 meses, porque –afirma- el *aviso en periódico* lo permitía.

La problemática que se recoge en esta situación tiene una variable especial, porque no se trata de una contradicción, pura y simple, entre la oferta y el pliego de condiciones, en cuyo evento prevalece éste, pues aquélla tiene el deber de sujetarse sin condicionamientos al llamado que hace la entidad a licitar. Ni siquiera se trata de una discordancia al interior del pliego de condiciones, en cuyo caso la responsabilidad de la administración es más evidente, por faltad de claridad del documento que elaboró. El caso *sub iudice* expresa una discrepancia de la *oferta* con el *pliego de condiciones*, pero armonía de la misma oferta con el *aviso público* que divulgó la licitación, porque la entidad estableció dos exigencias diferentes sobre el mismo aspecto –el plazo de ejecución-. Por esta razón, la Sala precisará si la solución que la entidad adoptó fue correcta –rechazo de la oferta- cuando evaluó las propuestas.

Para empezar, y con fundamento en lo expresado, para la Sala no basta que objetivamente exista una contradicción en los documentos que formaron parte del proceso de licitación, para aplicar -llana y acriticamente- aquella regla hermenéutica que dispone que si un documento es confuso se interpreta en contra de quien lo redactó. Para usarla hay que corroborar que *realmente* exista confusión, no sea que se trate de una mala lectura o indebida comprensión del texto.

Precisamente, la *contradicción* típica de la contratación estatal se presenta al interior de un mismo documento –principalmente el pliego de condiciones, pero también en la oferta-, cuando en un lugar se permite lo que en otro prohíbe, o cuando en un párrafo exige u ofrece algo –según el caso- que en otro minimiza o maximiza. En tales circunstancias, si no existe razón que justifique la diferencia de contenido, la regla que más se ajusta a la solución es la que dispone que las cláusulas confusas se interpretan en contra de quien las redactó, para proteger al afectado y castigar al redactor.

Sin embargo, esta regla tampoco aplica sin un juicio previo y moderadamente crítico sobre la prudencia o imprudencia de quien incurre en el error. En este sentido, pese a que se redacte una regla ambigua o contradictoria, es posible - en casos concretos- exigir razonablemente que quien incurre en el error se haya esforzado en resolverlo, como cuando se percata de él pero aprovecha la circunstancia, de mala fe, para sacar ventaja; circunstancia que, no obstante, exige prueba de la conducta.

En el mismo sentido, tampoco es admisible que, so pretexto de existir un error o ambigüedad en una cláusula, se incurra en ellos con ingenuidad inaceptable, como cuando se toman datos de la fase preparatoria de la contratación que están revaluados en otro documento o que claramente no rigen la contratación. En este evento no hay error, contradicción o ambigüedad, sino desconocimiento e imprudencia de quien insensatamente incurre en él.

Las ideas expresadas son necesarias para entender, y sobre todo valorar, los hechos del caso *sub iudice*, teniendo en cuenta que la problemática gira en torno a la información contradictoria que la entidad estableció sobre el *plazo de ejecución* tanto en el *aviso de convocatoria* como en el *pliego de condiciones*. Añádanse las siguientes ideas, para entender el significado que tienen estos documentos al interior del proceso de selección, y comprender, a continuación, la solución del caso.

a) Avisos de convocatoria, regulados en el art. 30.3 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el art. 224 del Decreto-ley 019 de 2012-.

Los avisos que regían en la época en que el Jardín Botánico José Celestino Mutis realizó la licitación pública, correspondían a los que reguló el art. 30.3 de la Ley 80 de 1993¹⁴. Según esta disposición, la entidad debía publicar hasta 3 avisos en diarios de amplia circulación en la jurisdicción de la entidad, para anunciar la apertura de la licitación, en el inmediato futuro. La norma estableció varias exigencias para cumplir con este requisito del trámite de la licitación:

i) Debían publicarse “hasta” tres (3) avisos, es decir, la entidad cumplía publicando 1, 2 o 3, a su elección.

ii) La cantidad de avisos dependía de “la naturaleza, objeto y cuantía del contrato”, de manera que cada entidad, con discrecionalidad, establecía el número, pero debía atender a los tres criterios establecidos por el legislador. Nunca reglamentó esta disposición, bastante ambigua, de manera que contribuyera a aplicarla con orden e identidad en la administración.

No obstante, es posible expresar que: a) se necesitan más publicaciones -3- cuando el objeto contractual es complejo y no hay muchos oferentes

¹⁴ La norma vigente cuando se adelantó la licitación objeto de cuestionamiento por el apelante establecía:

“Art. 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)”

“3o. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

“En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

“Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.”

en el mercado, para estimular la participación; y se necesitan menos publicaciones -2 o quizá 1- si la situación es la inversa: cuando el objeto contractual no es complejo y hay muchos oferentes en el mercado; b) por la cuantía, un contrato de *menor valor* puede necesitar más publicaciones -3-, para interesar al mercado; mientras que uno de gran valor puede necesitar menos publicaciones -2 o hasta 1-, porque el interés en participar se incrementa espontáneamente en el mercado; c) por la naturaleza, los contratos más inusuales o poco frecuentes necesitan más publicaciones -3-, para llamar con insistencia a los vendedores de esos bienes o servicios, mientras que los contratos más comunes –obra, algunas compras o suministros, etc.- necesitan menos publicaciones para lograr el mismo objetivo.

iii) La publicación se hacía “dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso... con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario”, de manera que se trataba de un término anterior a la apertura del proceso, cuya finalidad fue anunciar la licitación, y estimular el interés de quienes aspiraban a contratar con el Estado.

iv) La publicación se hacía en “diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad”, pero a falta de diario se hacía “en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.” Incluso, en los pequeños poblados, a falta de esos medios, los avisos se debían divulgar por “bandos”, es decir, por lectura pública en un lugar de la entidad o mediante fijación de avisos en espacios públicos.

v) Lo más importante, desde el punto de vista del contenido del aviso, es que expresaba la “información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso”, es decir, nuevamente se otorgó a las entidades discrecionalidad amplia para establecer los datos que se anunciarían, no obstante, al menos debía referirse a dos aspectos: el objeto de la licitación y sus características.

La anterior norma fue modificada por el art. 224 del Decreto-ley 019 de 2012¹⁵ - que desde luego no rigió la licitación *sub iudice*. El cambio que introdujo fue sólo del lugar en el cual se hace la publicación: pasó de ser en *diarios de amplia circulación* para hacerlo en dos *sitios electrónicos*: en la página web de cada entidad y en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-¹⁶. Con esta medida se actualizó la legislación contractual pública a la

¹⁵ "Art. 224. Eliminación de la publicación de las convocatorias a licitación. El numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

"3. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

"En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

"Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación".

¹⁶ El SECOP fue creado por el art. 3 de la Ley 1150 de 2007, con la siguiente estructura y objetivos:

"Art. 3 De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

"Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

"Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

"a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;

"b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

"c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

"d) Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión

tecnología que ya usaba la misma administración -y también los particulares-, pero para otros efectos, no para contratar.

La incorporación de la página WEB al servicio de la publicidad de las licitaciones amplió el espectro de conocimiento de las invitaciones a contratar, porque en lugar de divulgarse en el limitado espacio geográfico que tienen la mayoría de las entidades –municipios, departamentos, distritos y demás entidades descentralizadas por servicios adscritas o vinculadas a estos-, pasó a difundirse a través de un sistema de cobertura nacional e internacional, visible en cualquier computador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana, instalado en cualquier sitio donde se ubique el interesado en la consulta.

No obstante, en relación con el requisito que se analiza, lo invariable en las dos normas citadas es su finalidad: publicitar la licitación, que se abre dentro de los 10 a 20 días calendario siguientes a la publicación de los avisos.

De esta manera, no es propósito de este documento fijar las condiciones técnicas, económicas o financieras del negocio, ni siquiera precisar las especificaciones generales, y menos las de detalle, de los bienes, obras o servicios que adquirirá la entidad. Su propósito real e inmediato –por algo es sólo un aviso- es llamar, convocar, avisar, anunciar, invitar o proclamar de manera amplia que una entidad estatal tiene la intención de abrir, prontamente, una licitación, y la ley exige que no lo haga en secreto sino de manera pública, para que la información no quede en manos de pocas personas privilegiadas, sino al acceso de todos.

No obstante, la casuística pone de presente que las entidades, en el aviso, no sólo identifican el *objeto* de la licitación -que es lo mínimo que debe expresar- sino que añaden datos resumidos de la licitación, con el propósito, muy sano, de

contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

(...)

“El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República. (...)”

brindar detalles adicionales. En estricto sentido es innecesario, porque para los fines de la publicidad del proceso basta enterar a los interesados del objeto de la licitación, dato suficiente para que, a partir de esta información, consulten los documentos especializados que con gran precisión tienen los detalles y especificaciones jurídicas, técnicas y financieras del futuro negocio.

En el horizonte expresado, la costumbre que tienen las entidades de señalar los criterios de selección con los cuales se evaluarán las ofertas, el plazo de ejecución, la capacidad (k) residual de contratación exigida, el origen de los recursos para pagar, la exigencia de asistir o no a una visita al sitio de los trabajos, definir quiénes pueden participar, e infinidad de datos adicionales, debe entenderse en el contexto de la *finalidad* que tiene la publicación de avisos: *publicitar la licitación, no tanto establecer como definitivos los datos explicativos e informativos expresados.*

Lo anterior explica que sea perfectamente posible que la entidad señale en el aviso que la capacidad de contratación será de un número determinado de salarios mínimos, pero al expedir el pliego de condiciones, que es posterior y especializado en esta información, varíe la exigencia; igual sucederá con los criterios de selección, pues anunciando unos puede variarlos al expedir el pliego de condiciones; o si acaso indicó en el aviso que se realizaría una visita, en el pliego puede eliminarla, o viceversa.

Dos constantes se involucran la idea-solución que se expresa en el párrafo anterior: i) que los avisos anuncian la licitación, pero no establecen las reglas técnicas, jurídicas y financieras definitivas del negocio; y ii) que los avisos son anteriores al pliego de condiciones, de manera que prevalece la voluntad posterior -expresada en un documento elaborado con esa finalidad- sobre la voluntad vertida en el documento anterior, y no especializado para concretar esos datos de la licitación.

b) El pliego de condiciones

Por su parte, el pliego de condiciones establece el conjunto de cláusulas aplicables al contrato, y por supuesto determina el procedimiento para la escogencia del contratista. En ese orden, tiene un contenido mixto, porque además de que detallan las características del negocio jurídico, fijan la forma como la administración seleccionará al contratista.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones debe contener: i) los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; ii) las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación; iii) las condiciones precisas de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; iv) las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad y, v) el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Asimismo, el inciso citado prevé que, en su elaboración, no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

Estas exigencias fueron analizadas por la Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia del 24 de julio de 2013 -exp. 25.642-, donde dispuso:

“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.

No obstante, esta norma es genérica y no explica, en forma detallada, el contenido de los pliegos de condiciones, por ello cabe elucidar su contenido.

i) Objeto: Muchos coinciden en señalar –y se comparte esa idea- que el punto inicial y trascendente del pliego es la especificación del objeto del contrato: Debe detallarse en forma puntual, clara, y completa, de modo que permita a los interesados en el proceso de selección conocer “qué es lo que la administración quiere y como lo quiere”. Su indeterminación viola el principio de selección objetiva, porque -como lo precisa Luis Guillermo Dávila V.¹⁷- desdibuja los parámetros comunes para evaluar y, en consecuencia, conduce a que cada proponente se sujete a su propio criterio y, eventualmente, la entidad decida según su fuero interno.

José Roberto Dromi¹⁸ conviene en que el objeto del contrato es el primer aspecto a especificar en el pliego de condiciones. En este sentido, señala que su identificación clara y precisa es requisito fundamental, por ser la única forma en que las ofertas responden a las necesidades de la administración. También indica que la indeterminación del objeto conduce a la presentación de ofertas heterogéneas, en consecuencia, sin este requisito los interesados no sabrán qué ofrecer, o sus propuestas no podrán compararse con objetividad, para garantizar el principio de selección objetiva. Además, la homogeneidad de las ofertas permite aplicar criterios de valoración idénticos a cada una, así que los términos dispuestos en el objeto contratado no deben siquiera dar lugar a interpretaciones, precisamente para garantizar la igualdad en la escogencia.

¹⁷ En su obra, “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, segunda edición, editorial Legis, pág. 234.

¹⁸ En *La Licitación Pública*, segunda edición, ediciones Ciudad de Buenos Aires, pág. 248.

No obstante, la administración tampoco puede incurrir en excesos al momento de determinar el objeto, porque -como lo señala Dromi-: “aleja de la licitación a quienes podrían concurrir en ella con propuestas susceptibles de satisfacer los intereses de la administración”¹⁹. Reiterando lo expuesto, el Ex-consejero Juan Ángel Palacio Hincapié, en *La contratación de las entidades estatales*, se refiere a la determinación del objeto en los pliegos de condiciones, en los siguientes términos: “la identificación del objeto a contratar debe ser precisa, clara y completa, pues de ello depende el que los proponentes puedan saber en forma concreta la obligación a asumir. Debe reunir la (sic) condiciones que jurídicamente lo hacen posible y que se concreta en palabras de ESCOLA en ser cierto, determinado y lícito. Los objetos indeterminados, vagos o incompletos conducen al desequilibrio de la contratación y compromete la responsabilidad del Estado, ante el fracaso del trámite de licitación.”²⁰

ii) Habilitación jurídica, técnica y financiera: En los pliegos también deben especificarse los requisitos relativos a la selección del contratista, que califican la capacidad del oferente pero no las características propias de la propuesta, en consecuencia, pretenden determinar la idoneidad para la ejecución del objeto del contrato, mediante el cumplimiento de unas condiciones de los licitantes.

Los requisitos habilitantes se han distinguido en: i) jurídicos, relacionados con la capacidad de los oferentes para contraer obligaciones y derechos. Se distinguen, entre otros: el Registro único de Proponentes, la capacidad de la sociedad o de la persona natural, las limitaciones a la representación legal, la póliza de seriedad, etc.; ii) técnicos, que se refiere a la idoneidad del oferente en relación con los quipos con que cuenta para ejecutar el objeto, el grupo de profesionales para trabajar, etc; iii) financieros, que determinan si un oferente puede asumir obligaciones económicas, entre ellos se distinguen los estados financieros del oferente.

¹⁹ Ob. Cit. pág. 248

²⁰ La Licitación Pública, segunda edición, ediciones Ciudad de Buenos Aires, pág.162.

iii) Factores de escogencia y ponderación: además de los requisitos que avalan la idoneidad del oferente, la ley exige determinar los criterios de selección que la entidad utilizará para escoger la mejor propuesta. Estaban enunciados en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007, y entre ellos se pueden incluir: la experiencia, la organización, los equipos, el plazo, etc.

iv) Plazos: la entidad pública debe determinar, en virtud del principio de economía, el plazo de las diferentes etapas del proceso de selección –los relativos al término para la presentación de las ofertas, la adjudicación, la evaluación, la celebración-, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la complejidad en la ejecución del objeto y, en consecuencia, la mayor o menor dificultad en el estudio y evaluación de las ofertas.

v) *Condiciones de costo y calidad:* el autor Juan Ángel Palacio señala que: “Los criterios que regularán el precio, deben quedar consignados en el pliego con toda claridad, ya que constituye la obligación principal que asume la entidad frente al contratante particular. La forma en que se determinará el precio, el momento del pago y el modo de hacerlo deben quedar consignados, e igualmente se le deben indicar las pautas a los oferentes para su formulación en la oferta, pues si no se expresa nada, se entenderá que pueden presentar precios firmes o reajustables a su conveniencia, si se pacta una suma global o un precio unitario.”²¹. El valor del contrato debe ser especificado en el pliego de condiciones porque es un indicativo para la evaluación de las ofertas, y éste debe ser proporcional al costo del bien o servicio que la entidad demanda. En otros términos, para que la oferta no sea rechazada debe ajustarse en este aspecto a los requerimientos de la administración²².

²¹ Ob. cit. pág 165.

²² En términos más precisos, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció respecto al contenido de los pliegos de condiciones, en sentencia del 4 de junio de 2008 -exp. 17.783- y concluyó:

“El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de la misma ley, consagran el deber que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta

5. El caso concreto

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala considera que el plazo de ejecución al que debió ajustarse el oferente era el previsto en el pliego de condiciones –tres (3) meses, como lo exigió la entidad pública al oferente-, porque en el pliego es donde se establecen, en forma obligatoria, definitiva y segura, las características precisas, concluyentes y determinadas tanto del proceso de selección como del negocio jurídico²³.

de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública definirá el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual y como presupuesto de la legalidad de la contratación, desde su misma génesis o formación. En este orden de ideas, debe destacarse la importancia que tiene el pliego de condiciones en el procedimiento de selección del contratista, en cuanto que constituye el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública o concurso público y, por ende, las disposiciones en él contenidas, son de carácter vinculante tanto para la Administración como para los participantes en el procedimiento de selección y también para el contratista que resulte adjudicatario de la licitación o concurso, de donde se destaca el carácter obligatorio que le asiste al pliego de condiciones.

“Tal obligatoriedad del pliego, le ha merecido el calificativo de ‘ley de la licitación’ y ‘Ley del contrato’, en cuanto que sus disposiciones no sólo regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, sino 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. Al respecto la Sala ha señalado que el pliego de condiciones goza de una naturaleza jurídica mixta en cuanto que como acto administrativo de contenido general, algunas de sus disposiciones se agotan una vez culminado el procedimiento de selección, pero que otras se mantienen y dejan de ser generales para convertirse en parte del clausulado del contrato y por lo tanto, de obligatorio acatamiento por las partes durante la ejecución del mismo. 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. 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.”

²³ En efecto, se ha entendido que el pliego de condiciones es Ley tanto en el proceso de selección como en el contrato mismo, para las partes. Por ello tiene efectos obligatorios y disciplinables en la etapa de escogencia del contratista y en la ejecución del negocio jurídico. En sentencia del 24 de julio de 2013 -exp. 25.642- la Sección Tercera, Subsección C, precisó: “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

En cambio, la información que contenía el aviso publicado por la entidad tenía fines estrictamente publicitarios, por ende pretendía comunicar a los interesados la apertura, en el inmediato futuro, de un proceso de licitación. Por este sólo aspecto este documento de ninguna manera es equiparable a la vinculación que tiene para los oferentes y para la entidad el pliego de condiciones.

En este sentido, es injustificable la razón que expresó el apelante para desatender el dato de ese documento: que entre la disparidad de datos optó por proponer un plazo de ejecución de 4 meses, cuando es evidente que debió sujetarse, sin miramientos ni ambages, a las condiciones que la entidad estableció en el pliego de condiciones, lugar o documento que contiene la información técnica, jurídica y de negocio que los oferentes deben atender.

Para la Sala es inaceptable que un oferente, contando con dos datos diferentes sobre el plazo de ejecución del contrato, simplemente se inscriba en uno, e ignore el otro, actitud imprudente que lo hace responsable de su conducta sin justificación. Pero sobre todo, se acogió al plazo que indicado en un documento que claramente no tiene la envergadura suficiente para precisar con invariabilidad la condición del futuro negocio: los avisos que publicitaron la licitación; en lugar de acoger el dato contenido en el documento que, sin duda, sí tiene ese propósito, reconocido por la normativa contractual, la doctrina y la jurisprudencia: el pliego de condiciones.

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.”

De esta manera, la Sala reprocha al apelante que presentara la oferta en el proceso de licitación sin considerar en este aspecto el pliego de condiciones, actitud injustificada que muestra su responsabilidad por no esforzarse en resolver la duda que debió surgirle cuando elaboró la oferta: ¿qué plazo proponer?

No obstante, si en gracia de discusión la diferencia entre el pliego y el aviso indujera a un error serio, tan grave e insuperable que su propuesta no pudo atender, debió acatar, en forma íntegra y sistemática, el numeral 1.1.1. del pliego, que dispuso:

“El proponente deberá examinar cuidadosamente los presentes documentos, los cuales constituirán una exigencia de obligatoriedad legal en caso de que le sea adjudicada la Licitación.

“Si el proponente encuentra discrepancias u omisiones en las especificaciones o en los demás documentos, o si se tiene alguna duda en cuanto al significado, deberá dirigirse inmediatamente al Jardín Botánico ‘José Celestino Mutis’ y obtener una aclaración al respecto, antes de presentar su propuesta.” –fl. 57, cdno. 2-.

Esta previsión debió observarla el oferente, tanto al formular la propuesta como para aclarar las dudas respecto a las diferencias que encontrara entre los documentos de la licitación y el pliego. En efecto, el inciso primero preveía que el pliego constituía las exigencias de obligatorio cumplimiento y, además, que si encontraba discrepancias u omisiones entre las especificaciones y los documentos de la licitación, el proponente debía dirigirse a la entidad pública para obtener las aclaraciones *“antes de presentar su propuesta”*.

En el expediente no hay prueba de que el demandante haya actuado de ese modo, es decir, no se dirigió al Jardín Botánico para que le aclarara el término de ejecución; en su lugar formuló la oferta, en forma imprudente y caprichosa, para después imputarle a la administración este defecto, cuando él debió resolverlo bien, o a falta de esto preguntarle a la administración para que le definiera la situación.

Por este sólo aspecto, Carlos Orlando Becerra no acreditó que su oferta fuera la mejor, porque incurrió en una causal de rechazo de su propuesta, en consecuencia nunca ocupó el primer lugar del proceso de selección, así que la pretensión indemnizatoria no prosperará, y esto hace improcedente el restablecimiento del derecho que reclama en el recurso de apelación.

En un caso similar, resuelto en la sentencia del 28 de junio de 2012 -exp. 22.510- se desestimó el resarcimiento económico solicitado, porque la oferta del demandante debió rechazarse en la etapa de selección del contratista: “Contrario a lo indicado por el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, la demandante no tenía derecho a ocupar el primer lugar en la calificación de las propuestas, porque también su oferta estaba incurso en causal de rechazo, por desviación o pretermisión de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de condiciones y, por tanto, no se encuentra demostrado que hubiese sido la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia, ni que le correspondía ser preferida en la adjudicación. La falta de prueba de esta circunstancia en el sub lite, lleva a desestimar las súplicas de la demanda, pues no existe el supuesto que obligara a la administración a contratar con la demandante...”.

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

FALLA

Primero: Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de octubre de 2003, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ