

EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA PARA ESTABLECER UNA
CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

LAURA ISABEL ZAMBRANO INFANTE
ANGÉLICA NAVARRO ACEVEDO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ, D.C.

2009

EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA PARA ESTABLECER UNA
CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

LAURA ISABEL ZAMBRANO INFANTE
ANGÉLICA NAVARRO ACEVEDO

TRABAJO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE ABOGADO

DIRECTORA
DRA. AURA XIMENA OSORIO TORRES
ABOGADA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ, D.C.
2009

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer especialmente a nuestra directora de tesis, la Doctora. Aura Ximena Osorio Torres, quien con su dedicación, apoyo y dirección hizo posible la realización de las investigaciones que dieron como resultado este trabajo de grado.

CONTENIDO

	Pág.,
INTRODUCCIÓN	7
I. CAPÍTULO. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA	11
1.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN INDIRECTA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA	11
1.2 RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS	12
1.2.1 Principio de la Buena Fe.	12
1.2.2 Principio de Seguridad Jurídica.	14
1.3 CONSAGRACIÓN VÍA JURISPRUDENCIAL	17
1.4 CONCEPTUALIZACIÓN DOCTRINAL	34
1.4.1 Elementos del Principio de Confianza Legítima.	34
	39
II. CAPÍTULO. PLIEGOS DE CONDICIONES DEFINITIVOS, COMPLETOS Y CLAROS	
2.1 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS A LA REALIZACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	39
2.1.1 Términos preclusivos y perentorios para las distintas etapas de Selección.	40
2.1.2 Interpretación de las reglas de selección.	42
2.1.3 Documentos exigidos.	46
2.2 CONVENIENCIA DEL OBJETO A CONTRATAR	47
2.2.1 Justificación de la obra.	47
2.2.2 Necesidades a suplir.	48
2.2.3 Análisis de riesgos de la contratación.	48
2.2.4 Las condiciones de mercado.	50
2.3. ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	51
2.3.1 Planos, diseños y estudios previos	51
2.3.2 Consecuencias de la falta de planeación del contrato	54
2.3.3 Naturaleza administrativa de los pliegos de condiciones	56
2.3.4 Contenido y requisitos de los pliegos de condiciones	58
2.4. PUBLICACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	60
2.4.1 El proyecto de pliego de condiciones	60
2.4.2 Publicidad del Proyecto de Pliego de Condiciones	61
2.4.3 Observaciones y sugerencias que se presentan al proyecto de pliego de condiciones	62
2.4.4 Pliegos de condiciones definitivos	62
2.4.5 Publicación de los pliegos definitivos	64
III. CAPÍTULO: ETAPAS DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN	66

EN LA LICITACIÓN PÚBLICA	
3.1 PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS	66
3.2 AUDIENCIA DE RIESGOS	67
3.3 AUDIENCIA DE ACLARACIONES	69
3.4 ADENDAS	70
3.5 PRESENTACIÓN DE OFERTAS	72
3.5.1 Contenido de la oferta.	73
3.5.1.1 Generalidades. Características.	73
3.6 EVALUACIÓN Y ACLARACIONES	74
3.6.1 Criterios de evaluación.	75
3.6.1.1 Para el oferente.	75
3.6.1.2 Para la oferta.	76
3.6.2 Informe de evaluación.	78
3.7. ADJUDICACIÓN	79
3.7.1 Audiencia de adjudicación	80
3.7.1.1 Informe de Evaluación	80
3.7.1.2 Orden de elegibilidad	80
3.7.1.3 Acto de adjudicación	81
3.8 DECLARATORIA DE DESIERTA	82
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	88

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de grado es producto de un proyecto de investigación que se concretó en la realización de un Manual Práctico para la Contratación Pública en el Sector de la Infraestructura¹, en donde observamos que dentro del proceso de selección objetiva en la licitación pública se presentan deficiencias importantes en la elaboración del pliego de condiciones y en la evaluación de las ofertas por parte de la Administración, que inciden negativamente en la condición del proponente que espera que los requerimientos que conoció previamente en el pliego de condiciones no sean abruptamente cambiados por la entidad.

Por lo anterior, decidimos enfocar nuestro trabajo en la etapa precontractual de selección del contratista en el proceso de licitación pública dentro del sector de la infraestructura, identificando los factores que vulneran las expectativas de los oferentes, que esperan: 1) que los pliegos de condiciones sean el producto de una etapa de planeación seria y exhaustiva, 2) que las condiciones inicialmente fijadas en el pliego no sean ni sustancial, ni intempestivamente cambiadas por la entidad, pues ello acarrearía mayores costos para el oferente que tendría que adaptarse a esa nueva situación, 3) que los criterios de selección y ponderación de las ofertas fijadas en el pliego, sean cumplidos a cabalidad cuando la entidad evalúe cada una de las propuestas presentadas.

Esos factores identificados que vulneran las expectativas de los oferentes², son primero, la violación de los principios fijados en el ordenamiento jurídico como el de transparencia, el de selección objetiva, el de la buena fe y el de seguridad jurídica, que sustentan el principio de confianza legítima desarrollado jurisprudencialmente y que nos proponemos a describir e identificar dentro del proceso de selección del contratista. Y segundo, la violación del procedimiento fijado en el pliego de condiciones por la misma entidad que con actos posteriores y contrarios a lo fijado, cambia las condiciones a las que se sometieron los oferentes en la elaboración de sus propuestas.

A lo largo de este documento, pretendemos mediante la identificación y descripción del problema antes planteado, sobre la vulneración de las expectativas legítimas del oferente, resolver la pregunta de si ¿Se puede invocar el principio de confianza legítima, cuando

¹ Manual realizado como proyecto de investigación en el año 2008- 2009, con la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la Pontificia Universidad Javeriana, con la dirección y seguimiento de la Doctora Ximena Osorio, y la participación entre otros, de las autoras de este trabajo de grado.

² La vulneración a esas expectativas de los oferentes tienen como última consecuencia la ilegalidad del acto de adjudicación, originada como antes mencionábamos, por el desconocimiento, por parte de las entidades, de los criterios de evaluación fijados en el pliego, o por la inobservancia de los principios de selección objetiva que llevan a que el contrato no se adjudicó a quien corresponde.

vulneran las expectativas legítimas de los proponentes al no ser respetado el contenido sustancial de los pliegos de condiciones?

Para dicho efecto, en una primera parte del documento se encontrará con una descripción del principio de confianza legítima, de qué se trata, en qué se sustenta y cómo ha sido su desarrollo en Colombia a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en la medida en que no se tiene una consagración legal. La jurisprudencia ha tenido una aplicación especial en lo referente a la actuación de la Administración Pública frente a los particulares, y al tema de la contratación estatal.

Por otro lado, explicaremos cómo se genera el vínculo estrecho que sostiene el principio de la confianza legítima con los principios de la buena fe y la seguridad jurídica, que han sido desarrollados legalmente en especial en la contratación estatal, y que nos acercarán al contexto de aplicación del principio de confianza legítima en la etapa precontractual de la licitación pública, en especial en la etapa de elaboración del pliego y la evaluación de las ofertas en el proceso de licitación pública.

Finalmente, hablaremos de los elementos que configuran el principio de confianza legítima, y definiremos un concepto propio sobre lo que consideramos es la confianza legítima de los proponentes en la etapa precontractual de la licitación pública, que va ser tratado lo largo de la descripción de los procesos de elaboración del pliego de condiciones, como la presentación y evaluación de las ofertas.

En una segunda parte, se entrará a explicar qué son los pliegos de condiciones, y cómo los mismos configuran las reglas planteadas por la administración para poder estructurar el procedimiento de selección de forma objetiva del proponente, buscando enmarcar el contenido y las expectativas que se les genera a los oferentes dentro de un proceso de licitación *“es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él”*³. Dicha explicación será fundamental para entrar a describir el procedimiento de creación de los pliegos de condiciones y cómo debe ser su publicación, etapas pre contractuales que configuran una relación jurídica a partir de la cual se generan expectativas legítimas que son protegidas mediante el principio de confianza legítima.

La importancia de los pliegos radica en que regulan el contrato entre particulares y Estado de forma plena. Es así como los pliegos de condiciones tienen que establecer los requisitos necesarios para que los oferentes puedan participar en el proceso, como los criterios de evaluación de las propuestas.

En este sentido, consideramos que los pliegos de condiciones son el eje central en los procesos de selección objetiva, su importancia radica en que son las reglas de juego, y las condiciones objetivas expresadas por la Administración en su interés de cumplir con los objetivos y fines emanados de la Constitución, dentro del cual la prevalencia del interés

³ Consejo de Estado Exp. 16041., Op. cit.

general, conlleva a que de manera eficaz y transparente se permita la participación en igualdad de condiciones de quienes cumplan con tales requerimientos del pliego, y así lograr una eficiente prestación o atención de servicios que demanda la Administración pública.

El principio de buena fe, por ejemplo, busca que las actuaciones sean realizadas conforme a la lealtad y a la transparencia, se trata pues, de guardar fidelidad con la palabra dada, que en este caso se concreta en la realización de un pliego de condiciones, cuya finalidad primordial es la de satisfacer las necesidades y funciones propias de la Administración. La existencia de la palabra dada, elemento configurador de la confianza legítima, establece unos requisitos y unas motivaciones particulares para lograr una contratación objetiva, y paralelamente, implica un comportamiento diligente por parte de los oferentes que interesados en contratar con la Administración, deben de buena fe, actuar de tal modo que le permita a la entidad estatal seleccionar de manera transparente y eficaz la mejor propuesta para su posterior ejecución, y esto solo se logra cumpliendo a cabalidad con las exigencias del pliego de condiciones.

En una tercera parte, pretendemos a través de la descripción de las etapas de evaluación y adjudicación del contrato estatal, identificar cómo el principio de confianza legítima se puede ver vulnerado por actuaciones de la entidad que desconocen los criterios de evaluación de las ofertas fijadas en el pliego, como la inobservancia de los principios sobre selección objetiva, que conllevan a una posible adjudicación ilegal⁴.

Partimos entonces de una ubicación conceptual del principio de confianza legítima, desde un punto de vista teórico y práctico, que podrá permitirnos analizarlo en el contexto propio de la contratación estatal. Por eso afirmamos que el principio de confianza legítima, de manera general intenta explicarse en el sentido que los oferentes, mediante las actuaciones armónicas y coherentes del Estado tienen expectativas legítimas de tener una opción real de participación en los procesos de selección y como consecuencia de ello, que se les adjudique el contrato, y es a través de este acto original de la administración, mediante el cual expresa su voluntad, como es el pliego de condiciones y su publicación que se configura una relación jurídica.

Es por esto, que la sustancia del pliego de condiciones debe permanecer inmodificable, su estructura esencial no puede ser objeto de cambios intempestivos y abruptos ya que se lesionarían intereses legítimos en cabeza de los proponentes. En caso tal de presentarse modificaciones a los pliegos de condiciones, dichos cambios no deben cambiar la esencia del pliego y deben ser dados a conocer de manera oportuna y eficaz a los oferentes para que ellos estén en la posibilidad de adaptar sus propuestas. La omisión de este deber de la Administración acarrearía una vulneración al principio de confianza legítima de los

⁴ El Informe de Daño Antijurídico, del Departamento Nacional de Planeación, señala que la ilegalidad del acto de adjudicación, es originada como antes mencionábamos, en el desconocimiento por parte de las entidades, de los criterios de evaluación fijados en el pliego, o por la inobservancia de los principios de selección objetiva que llevan a que el contrato no se adjudicó a quien corresponde.

proponentes, pues se verían afectados en la medida en que los nuevos requerimientos que no fueron conocidos a tiempo, no podrán ser ajustados a sus propuestas, o porque puede resultar demasiado oneroso continuar con su intención de participar en el proceso de selección.

I. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

1.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN INDIRECTA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política. La aplicación del mismo se sustenta en la existencia del principio de buena fe, artículo 83 de la Constitución, por esto se da una constitucionalización indirecta del principio de confianza legítima.

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de darle el contenido y alcance concreto al principio de la confianza legítima a partir del desarrollo de los principios de la buena fe y la seguridad jurídica, ambos pilares del Estado de Derecho consagrados en nuestra Carta Política.

El artículo 4 C.P establece que la Constitución Política es norma de normas, por consiguiente en el momento en que se presente cualquier tipo de controversia entre las diferentes disposiciones normativas siempre primarán las normas de carácter constitucional por encima de las otras. El principio de buena fe se institucionalizó en el derecho por medio de su consagración dentro de la Constitución Política⁵ como norma superior dentro del ordenamiento jurídico, y a su vez en normas de carácter legal, como los artículos 769 y 1603 del Código Civil, los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y el artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal⁶. Igualmente ha tenido reconocimiento dentro de la jurisprudencia Constitucional y dentro de la Contencioso Administrativa⁷.

El vínculo que une al principio de buena fe y el de confianza legítima es la relación género – especie, la confianza legítima es un principio que integra el principio de buena fe, por

⁵ Artículo 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten antes éstas.

⁶“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” Sentencia C-400 de 1999 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

⁷ El principio de buena fe dentro del derecho administrativo, conforme a la Sentencia T – 398 de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, se presenta dentro de las relaciones entre el administrado y la Administración, donde se manifiesta no solo dentro del ámbito del ejercicio de los derechos y privilegios, sino dentro del cumplimiento de los derechos y las obligaciones.

consiguiente no se puede dar la confianza legítima sin la buena fe. La buena fe está compuesta de la lealtad y la transparencia, y a su vez la confianza legítima está configurada por “*la existencia de una relación jurídica, la existencia de una palabra dada y la confirmación de dicha palabra con actos posteriores*”⁸ dichos elementos que configuran el principio de confianza legítima son desarrollados dentro del principio de buena fe ya que se materializan a través de la lealtad y la transparencia.

1.2 RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS

1.2.1 Principio de la Buena Fe

El Art. 83 de la Constitución Política establece la presunción de que las actuaciones de los particulares ante las autoridades se rigen por el principio de la buena fe. La Corte Constitucional señaló en una de sus primeras sentencias sobre el particular, que “*La buena fe implica una obligación jurídica, como principio general de derecho, que protege la confianza razonable que debe existir en el comportamiento del otro, quien como ser social debe ser cooperativo y solidario*”⁹.

Este principio constitucional también fue expresamente consagrado en la Ley 80 de 1993, al señalar primero, que el principio de buena fe debe estar inmerso en las actuaciones de los particulares con la entidad para evitar dilaciones y trabas en el proceso¹⁰. La administración tiene un deber que emana de este principio, en el sentido de que de sus actuaciones no deben sobrevenir una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte del proponente¹¹. Y adicionalmente lo dispone como una regla para la interpretación del contrato estatal¹². Al respecto el Consejo de Estado se ha referido a la aplicación de este principio y ha señalado que “*la buena fe se traduce en una conciencia social y ética, con un criterio de reciprocidad, para alcanzar un sentido útil en las prestaciones*”¹³.

En particular la doctrina ha señalado que, conforme al mandato constitucional y a su aplicación directa en el contrato estatal, la buena fe se exige principalmente de las entidades estatales que contratan, porque mediante este principio se presume en las actuaciones de los particulares y en sus actuaciones ante las autoridades.¹⁴

⁸ VIANA, Op. cit., p.103

⁹ Sentencia T- 124 de 1993 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁰ Ley 80 de 1993, artículo 5

¹¹ Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 9

¹² Ley 80 de 1993, artículo 28

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 23 de febrero de 1984.

¹⁴ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, Contratación Administrativa. 2. Ed. Ediciones Librería del Profesional. Año 1997. Pág. 66

El Doctor Jairo Enrique Solano, resalta entre otras disposiciones de la ley 80, unas que considera clara aplicación del principio de la buena fe.

“d) Los interesados en la contratación tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos o decisiones que se rindan o adopten (Art. 24 Num. 2), e) Las actuaciones contractuales de las autoridades serán públicas (Art. 24 Num. 3, f) En los pliegos de condiciones se definirán las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas (Art. 24 Num. 5 y literales), g) Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias. (Art. 25 Num. 2), h) Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. (Art. 26 Num. 4), i) Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. (Art. 26 Num. 7)”¹⁵

Por otro lado, la Corte Constitucional se ha referido al tema de la buena fe en la contratación estatal como aquel principio general de derecho que incorpora “*los valores materiales básicos que integran la conciencia ético jurídica de una Nación*”¹⁶. La Buena fe como principio es base para el ordenamiento jurídico a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. También ha reconocido que por el hecho de tener una consagración constitucional el principio de la buena fe tiene una *aplicación directa* respecto de las actuaciones administrativas, constituyendo límites claros al poder del Estado evitando su ejercicio arbitrario.

La Corte Constitucional coincide en afirmar como lo hizo el Consejo de Estado¹⁷, que el principio de la buena fe “*Bona Fides*” se integra por los principios de *lealtad y honestidad*. Respecto al principio de la lealtad, la autora María José Viana analiza la íntima relación que existe entre el principio de la buena fe y la confianza legítima, éste catalogado como una especie de la buena fe¹⁸. “*...toda vez que se vulnera el principio de la confianza legítima se habrá vulnerado simultáneamente el principio de la buena fe, por afectación de uno de sus elementos...el elemento de la lealtad*”¹⁹. Pues en este sentido, cuando se viola la lealtad, como señala la autora, “*se vulnera la confianza en que se llevaría a cabo un*

¹⁵ SOLANO, Op. cit., p. 69

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-892 de 2001 Magistrado Ponente: Rodrigo escobar Gil

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo

¹⁸ VIANA, Op. cit., p. 44

¹⁹ Ibid., p. 44

comportamiento adecuado al acto o promesa primigenia que dio lugar a la relación jurídica que ahora se ve afectada”²⁰

Ahora, en lo referente a la contratación administrativa, el Consejo de Estado en el 2007²¹ se refirió a la buena fe como un principio que es aplicable al criterio de:

“inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una vez precluida la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta.”

“Además, este principio impone al oferente, entre otros deberes de honestidad: i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; ii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y iii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (No. 6 y 7 art. 26), con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad; y se compromete también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.”

Las consecuencias de la violación de este principio se traducen en la no obtención de los derechos dentro de los cuales ella es requisito indispensable para que se configuren, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados por tal conducta.

1.2.2 Principio de Seguridad Jurídica.

La seguridad está definida como:

“La garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez la seguridad limita y determina las facultades y los deberes

²⁰ Ibid., p. 45

²¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Consejera Ponente: Ruth Stella Palacio Correa. 3 de diciembre de 2007.

de los Poderes Públicos. Como es lógico la seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de Derecho. ”²²

Para la autora María José Viana Cleves, el principio de la seguridad jurídica tiene por objeto “garantizar a cada ciudadano el conocimiento claro y estable de su situación jurídica y su correspondiente respeto por parte del Estado y de sus conciudadanos.”²³”

La seguridad jurídica, es entendida entonces, desde un sentido positivo, como la existencia de normas reguladoras de la conducta humana, siempre y cuando estas sean “*públicas, previas, claras, manifiestas*”²⁴, aplicándose a todos por igual. El tema de la publicidad, es un elemento fundamental del principio, ya que trata del derecho de conocer, de acceder a la información necesaria para el entero conocimiento de las normas o actos que establecen, modifican o extinguen una relación jurídica. Por lo tanto, en especial en la contratación estatal, todas las actuaciones deben ser públicas, ya que es una garantía para los proponentes conocer cuáles serán las reglas de juego a las que se sujetarán y serán por lo tanto la delimitación de su actuar y de lo que pueden esperar de la Administración.

Es entonces este principio un limitante al poder de la Administración, para evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones, y de esta forma respetar las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a la administración, como las normas o procedimientos a que deben sujetarse para el cumplimiento de los fines estatales consagrados en la Constitución y en las leyes. Lo mismo que el respeto por los principios que irradian el ordenamiento en especial, los de transparencia y publicidad que sustentan el proceso de contratación estatal.

En relación con el principio de transparencia, la Ley 80 de 1993 busca que en los procedimientos de selección, en especial en la elaboración de los pliegos y en la publicidad de los mismos que se dé plena cabida y respeto a este principio que obliga a la Administración a indicar los requisitos objetivos y necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas, justas, claras y complejas que permitan la confección de los ofrecimientos, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso (art. 24 No. 5); señalar las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 24 No. 6); y motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, y los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia (art. 24 No. 7).

²² OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. 1981. Buenos Aires Pág. 695

²³ VIANA, Op. cit., p. 130

²⁴ Tomado del artículo Seguridad democrática y Derechos Humanos. Del 23 de febrero del 2003. Ponencia del señor Michael Frühling. Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Página vista el 23 de marzo de 2009)<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=16&cat=24>

En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumentan procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados con el fin de elegir la mejor oferta, razón por la cual cabe remitirse para la debida comprensión de este principio a los comentarios efectuados en torno a aquellos.

Los artículos 6, 23, 13, 29, 84, 122 y 123 de la Constitución Política enmarcan el principio de seguridad jurídica, al respecto señalan que el debido proceso (Art. 29) debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales como administrativas. Señalan que las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales a los que establezca la ley para el ejercicio de un derecho o una actividad que previamente ha sido reglamentado de manera general (Art. 84). En el entendido que la ley es igual para todos (Art. 13), en la contratación estatal podemos decir que se identifica en los procesos de selección de los proponentes en la medida en que se deben dar las mismas oportunidades a quienes ofertan a la administración.

Las personas tienen derecho a elevar peticiones ante las autoridades (Art. 23), a través de la publicidad y conocimiento que de ello tengan los interesados en la contratación con el Estado, pueden revisar y controvertir las decisiones que se tomen dentro del proceso. Lo anterior también conforme con el art. 74 de la C.P que señala que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. Adicionalmente, señalan que los servidores públicos (Art. 123) son responsables por infringir la Constitución y las leyes (Art. 6), por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Es entonces, la seguridad jurídica un principio que da amplio sustento al Estado de Derecho, pues de él emanan varios de los principios que soportan la actividad de la administración. Como conclusión consideramos que el principio de la seguridad jurídica proscribiera cualquier tipo de arbitrariedad.

En relación con el principio de confianza legítima, la autora María José Viana Cleves, sostiene que es un principio implícito derivado de la seguridad jurídica²⁵, puesto que como la misma señala²⁶:

“El principio de la seguridad jurídica protege la pretensión que tiene todo individuo a la certeza o estabilidad de las situaciones jurídicas, a la fiabilidad en el mantenimiento de las regulaciones que inciden en el ejercicio de las

²⁵ SANZ RUBIALES Iñigo. El Principio de Confianza Legítima, Limitados del Poder Normativo Comunitario. En la página web: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_007_091.pdf - P. 9 Vista el 13 de Febrero de 2009.

²⁶ VIANA, Op. Cit., p. 150

actividades del tráfico jurídico, a la posibilidad de calcular los resultados de su actividad en el marco del régimen jurídico vigente”²⁷

1.3 CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL

En Colombia la aplicación del principio de la confianza legítima vía jurisprudencia ha sido dispar, la Corte Constitucional lo ha aplicado un sinnúmero de veces sin establecer un elemento común o una tesis sólida que haga comprender el sentido del mismo en nuestro derecho. La Corte se ha encargado de desarrollarlo por la necesidad imperante que resulta de las peticiones de las demandas de inconstitucionalidad o de tutela. Por tal motivo no habiendo un parámetro legal ni doctrinal que defina el principio, la Corte ha tenido que darle un alcance diferente dependiendo del caso en concreto que le corresponda fallar, sin tener un precedente claro para hablar de una figura unificada como nueva forma de principio orientador de las relaciones entre la administración y los particulares.

En esta parte del documento haremos una breve ilustración sobre cuáles han sido algunas de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, referidas a la aplicación del principio de la Confianza Legítima.

La Corte Constitucional se ha referido al principio de la confianza legítima en los siguientes términos:

Derecho a la igualdad vs. El derecho al trabajo

En la Sentencia T-422- 92²⁸, la Corte Constitucional revisó la tutela que interpuso un ciudadano contra el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA, pues alega una vulneración a su derecho al trabajo y a la igualdad, pues habiendo sido despedido por cuestiones de fuerza mayor, además no fue elegido posteriormente para el cargo que ocupaba cuando había quedado de primer lugar en el concurso realizado. La Corte falla concediendo la tutela, en virtud del derecho a la igualdad de oportunidades y del derecho fundamental al trabajo. Respecto de la confianza legítima la Corte señaló: *“la autoridad administrativa en uso de su discrecionalidad no lo nombró, sin mediar siquiera motivación para ello, ni acreditar o alegar razones de peso para apartarse del resultado del concurso, invocando el ejercicio de las propias razones, con lo cual acabó traicionando la confianza legítima del concursante mejor opcionado.”*

²⁷ Ibid., p 152

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Ocupación de un lote público

En sentencia T-617 de 1995²⁹, proferida por la Corte Constitucional, se analiza el principio de confianza legítima a partir de numerosas acciones de tutela interpuestas por unas personas que ocupaban un sector de Puente Aranda por más de 30 años en la ciudad de Bogotá y conformaban un grupo de comuneros dedicados a la recolección y recuperación de elementos reciclables. El problema se presentó cuando la administración ordenó el desalojo para cederle el terreno al Metrobús una forma de transporte colectivo.

Los casos fueron acumulados y llegaron al Consejo de Estado con una sentencia que negó la tutela y tres fallos que la concedieron pero de diferente manera; en el expediente T-77330 se suspendió el desalojo por dos meses y se ordenó que en dos meses el Alcalde efectuara un programa integral para reubicar a los solicitantes de la tutela, y en los expedientes T-78710 y T-78659 se suspendió el desalojo hasta que se cumplieran dos condiciones: 1. Que el Alcalde y otras entidades adoptaran un programa de reubicación de los peticionarios y 2. El Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito y el Instituto de Bienestar Familiar tendrían que garantizar los derechos de los menores procurando mantener la unidad familiar antes de la ejecución de cualquier medida.

Por consiguiente se buscó una razón jurídica para unificar la decisión y proteger a todos los peticionarios, de esta forma se llegó a la aplicación del principio de la confianza legítima sustentada en el principio general de la buena fe.

Los ocupantes del espacio público de buena fe creyeron que la Administración les colaboraría en una solución paralela al desalojo, pero esperaron muchos años sin que esa solución se concretara. “Esa confianza, producto de la buena fe, es la que en un Estado Social de Derecho explica la coadyuvancia que el Estado debe dar a las soluciones, sin que esto signifique ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio del interés general”.³⁰

“La buena fe incorpora el valor ético de la confianza”. Por consiguiente la administración y los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, así como la Administración no puede ejercer sus potestades apartándose de la confianza debida hacia los administrados, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

El Estado debe basar su organización administrativa bajo el principio del interés general cuando se presente conflicto entre los intereses puramente particulares de los individuos y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, ya que lo colectivo prima sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. El principio de la confianza legítima encuentra su límite en el contenido del principio del interés general.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

³⁰ Ibid. Sentencia T-617 de 1995

La conducta de la Administración en concepto de la Corte, vulneró el principio de confianza legítima que debe ser el sustento de las relaciones entre Administración y el administrado. Aunque el Distrito, mediante acto administrativo estableció una solución razonable, sólo fue una solución parcial para algunos de los ocupantes. Por un lado no se desocupó el lote pese a su carácter de bien de uso público y a la prevalencia del interés general, y por el otro lado, para algunos peticionarios no se les otorgaron soluciones de vivienda.

En el presente caso interactúa el principio de la igualdad con el principio de la buena fe, ya que era legítimo que todos los ocupantes del lote destinado al espacio público esperaran de la administración una conducta leal y honesta, de la misma forma como a quienes se les dio la solución para la realización del fin público perseguido.

Consta en los expedientes que desde antes de interponerse las acciones de tutela, se les venía haciendo a los ocupantes de la zona numerosas y reiteradas promesas, y aún después de las sentencias de tutela hay un acta que lo confirma; esto reafirma aún más la aplicación de la confianza legítima.

De esta forma la Corte resuelve que antes de un término que ella fija, se tomen las medidas necesarias para la reubicación de quienes instauraron la tutela, igualmente ordena al INURBE, que adjudique subsidio familiar de vivienda a los solicitantes de la tutela y que estén dentro de las condiciones del numeral anterior entre otras protecciones especiales.

Certificado de desarrollo turístico

En Sentencia C- 478 de 1998³¹ la Corte hace otro pronunciamiento sobre el principio de confianza legítima. Se presenta demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “Decreto 2272 de 1974” contenida en el artículo 285 de la Ley 223 de 1995. El actor considera que la expresión acusada, al derogar el decreto 2272 de 1974 y eliminar el Certificado de Desarrollo Turístico, viola los artículos 1º, 2º, 58, 83 y 158 de la Constitución, según él, la eliminación de este certificado perjudica la expansión de la industria turística, vulnera la confianza legítima, la buena fe y los derechos adquiridos de las personas que se dedicaron a la construcción de complejos turísticos.

Para la Corte Constitucional la noción de derecho adquirido se tiene que distinguir de las meras expectativas, pues mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes posteriores, las meras expectativas no tienen esa protección. Esta distinción hecha por la Corte se relaciona con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad.

La prohibición de la retroactividad es paralela a la concepción del derecho en una sociedad democrática, ya que se necesita que los administrados conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. “Una aplicación retroactiva de una ley rompe entonces no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 478 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

se afecta la buena fe (CP art. 83) sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, vulnerando su dignidad (CP art. 1°). El actor tiene entonces razón en señalar que una norma derogatoria no puede ser retroactiva ni desconocer derechos adquiridos”³².

Por consiguiente, el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, en la medida en que se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Para establecer el terreno de un derecho adquirido se tiene que analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación.

La Corte concluye que a diferencia de lo que plantea el demandante, la aprobación del proyecto por la Corporación Nacional del Turismo y la iniciación de las obras no eran suficientes para que los inversionistas gozaran de un derecho adquirido para beneficiarse del certificado de desarrollo turístico, ya que, su situación era una mera expectativa, en la medida en que su realización dependía de dos supuestos que podrían no ocurrir (i) la decisión del CONPES fuera positiva y que (ii) la ley no fuera modificada.

Por último, no es aplicable el principio de la confianza legítima en la medida en que se protege la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares. La confianza legítima busca proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos realizados por la Administración, en donde el administrado no tiene un derecho adquirido porque su posición jurídica es modificable por las autoridades. Por otro lado, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio intempestivo puede alterar de manera grave su situación, el principio de la confianza legítima la tendrá que proteger.

Conforme al principio de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado un plazo considerable y los medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Es así como el principio de confianza legítima no es límite a la posibilidad de que el Legislador derogue una normatividad anterior, en la medida en que los administrados no tienen un derecho adquirido sino una situación revocable - una mera expectativa “es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexecutable de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento”³³.

En la sentencia analizada, esa doctrina tiene menor relevancia, por cuanto los inversionistas no tenían por qué confiar en que el certificado de desarrollo turístico les sería otorgado obligatoriamente, porque la determinación dependía discrecionalmente del CONPES, de la misma forma no tendrían por qué suponer que la existencia de ese

³² Ibid. Sentencia C- 478 de 1998

³³ Ibid. Sentencia C- 478 de 1998

beneficio se prolongaría por el tiempo, porque las estrategias de fomento suelen ser variables. Es así como la supresión de ese certificado no desconoce la confianza legítima, por lo cual el cargo queda desestimado.

Revocatoria de pensión de jubilación

En Sentencia T – 295 de 1999³⁴, la Corte conoce sobre una tutela instaurada contra la entidad denominada Bancafé. La aplicación del principio de confianza legítima busca salvaguardar derechos de personas vulnerables en materia del derecho laboral. El demandante adquirió el derecho a una pensión vitalicia de jubilación, que debía pagar Bancafé. Bancafé mediante resolución, desmejoró la pensión vitalicia de jubilación sin autorización del beneficiario y en detrimento de sus derechos adquiridos. La Corte Constitucional, frente a las tutelas interpuestas contra autoridad pública, ha defendido la ejecutividad, obligatoriedad y eficacia del acto administrativo, considera que hay violación de derechos fundamentales cuando se presentan revocatorias directas, sin autorización de quien haya adquirido el derecho.

Cuando la tutela, como en este caso, no es propiamente contra autoridad pública, entonces, con igual razón hay que proteger las determinaciones ya tomadas que han constituido un derecho adquirido para el beneficiado y que no pueden ser modificadas sin la autorización del sujeto beneficiado, en la medida en que se ha consolidado en él una situación jurídica concreta, que al modificarse afectaría la buena fe y la seguridad jurídica; “de ahí que viene al caso esta teoría del respeto al acto propio, con su proyección en la definición de asuntos laborales y prestacionales, máxime cuando las determinaciones sobre el trabajo, en democracia, no pueden ser dictadas por una sola de las partes: el empleador, ya que si ello ocurriera se afectaría el principio de la buena fe y aún los derechos a la dignidad e irrenunciabilidad ”

La Corte decidió revocar los fallos dictados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el del Consejo de Estado, y en su lugar conceder como mecanismo transitorio la tutela interpuesta por el accionante, por cuanto se le violaron los derechos contenidos en los artículos 58, 46, 53 y 13 de la Constitución Política. Igualmente se le ordenó a Bancafé pagarle mensualmente al beneficiado de la pensión la totalidad de la pensión de jubilación, sin que en las mesadas se le descontara lo que recibía el jubilado por la pensión de vejez que le otorgó el ISS.

Vendedores ambulantes

En la Sentencia T- 084 del 2000³⁵, la Corte otorgó amparo a una vendedora ambulante, que habiendo adquirido los permisos y licencias para trabajar como tal, fue posteriormente perturbada por las autoridades por motivos de mantenimiento del espacio público. La Corte falla el caso concediendo la tutela para que la vendedora ambulante fuera reubicada, pero

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-295 de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T- 084 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

rechaza su pretensión principal de serle mantenido el espacio donde trabajaba, pues la Corte hace prevalecer la obligación de las autoridades a recuperar el espacio público. La Corte se refiere a la Confianza legítima en el caso concreto, como aquella certeza que la actora tenía de que estaba actuando conforme a la ley, por las licencias y autorizaciones que habían sido expedidas para que pudiera trabajar en condición de vendedora ambulante, por lo tanto se le concede parcialmente la tutela, como anteriormente se señaló. Al referirse a la confianza legítima, la Corte señala, que es un principio que se deriva de los principios de seguridad jurídica y buena fe, que por lo tanto debe permear el derecho administrativo. Señala además que *“es un principio que se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones”*. Por lo tanto, esa confianza generada en el particular, de que habrá estabilidad en su relación con la administración, debe respetarse y merece la protección del estado.

Doctrina Probable

En la Sentencia C- 836 del 2001³⁶, la Corte revisa la norma sobre lo que se ha llamado la doctrina probable. Respecto al tema de la confianza legítima la Corte señaló que los principios de seguridad jurídica y de la buena fe (Art. 83 C.P) están relacionados a partir del principio de la confianza legítima, esta entendida como una garantía que exige el respeto del propio acto por las autoridades judiciales, es decir *“El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia”*

“Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.”

Lo anterior significa, que se constituye una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia cuando esta respeta sus propios actos, ello implica el deber de resolver casos similares de la misma manera y de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial.

Normas Tributarias

En la Sentencia C- 007 del 2002³⁷, la Corte se refirió al principio de la confianza legítima en las normas tributarias, y al respecto dijo, que este principio se concretaba en las razones objetivas que se tiene para confiar en la durabilidad de la regulación, “y las alteraciones

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 836 de 2001. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4° de la ley 169 de 1.896. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil., ver otras como la SU- 360 de 1999 y la sentencia T-772 de 2003 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 007 de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza

que se generarían con un cambio súbito de la misma”³⁸. Como criterios para saber cuáles son las razones objetivas se tiene: “*la norma en cuestión (i) ha estado vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones ni hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe*”³⁹

Esto no quiere decir que las normas no puedan ser modificadas, pero cuando ello pase, el Estado debe otorgar un tiempo prudencial para que el destinatario se pueda adaptar a la modificación, pues puede perjudicarse si repentinamente se le cambian las condiciones que confiaba iban a permanecer. En la sentencia se señala que en aras de proteger la confianza legítima se puede exigir que “*(iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él*”.

Revocatoria de un carné de salud

En la Sentencia T 366 del 2002⁴⁰ la Corte falla a favor de un pensionado que solicita se expida el carné de beneficiaria al sistema de salud de las fuerzas militares, a su compañera permanente, pues la administración en un acto previo le había reconocido tal calidad de beneficiaria y después se lo había negado no renovándole el carné. La Corte se refirió al principio de la buena fe enfocado en el respeto de los actos propios por parte de la administración. Al respecto señaló que “*La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares...*”⁴¹. La Corte concluye que se viola el principio de la buena fe cuando los agentes del Estado atentan contra los derechos de los ciudadanos de manera súbita e incumplen lo ofrecido o retiran lo que han otorgado anteriormente, por razones que resultan inesperadas e incomprensibles.⁴²

Derecho de salud

En la Sentencia T- 980 de 2003,⁴³ se trata el caso de una señora que se le debe cambiar el marcapasos puesto que se teme que haya una falla cardiaca, su EPS le niega la cirugía, pues alega no tener contratos con IPS para que se la realicen. La Corte reitera la posición de garante que tienen ciertas personas en la sociedad a quienes se les confía la prestación de ciertos servicios, y la cobertura de riesgos que se comprometen asumir. Si esto se incumple, se mina la confianza que se ha depositado en ellos, confianza que normativamente hablando se traduce en el principio de la buena fe. La Corte dijo:

³⁸ Ibid. Sentencia C- 007 de 2002.

³⁹ Ibid. Sentencia C- 007 de 2002.

⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia T- 366 de 2002 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

⁴¹ Corte Constitucional Sentencia. T-475 de 1992 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴² Ibid. Sentencia T- 366 de 2002, que cita la sentencia T-402 de 1994.

⁴³ Corte Constitucional Sentencia T- 980 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre

“La buena fe –o la confianza -, es un elemento indispensable en la sociedad contemporánea. No es posible el modelo de sociedad, si la confianza es traicionada de manera general. La sociedad, y para ello se apropia del sistema jurídico, requiere de la estabilización de ciertas expectativas, tales como el diligente cumplimiento de funciones sociales –o la autorresponsabilidad -. Si tales expectativas son permanentemente frustradas, no será posible la división del trabajo (base para el modelo económico) y, mucho menos, el respeto por el sistema jurídico.”

Deber de coherencia

En la Sentencia T- 807 del 2003⁴⁴, la Corte conoció el caso de un estudiante de especialización de la Universidad ESAP, que cumplió con todos los requisitos para obtener su grado, pero la universidad no fijó la fecha de la ceremonia porque aducía problemas internos. En esta oportunidad la Corte se refirió al principio de confianza legítima como el deber de la administración y de los particulares de respetar sus propias actuaciones y de ser coherentes para garantizar la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas. Reitera lo que en otras oportunidades se había pronunciado y es que este principio *“se aplica como mecanismo de solución de controversias entre el interés general que aquélla representa y el interés particular del administrado, en eventos en que la Administración le crea expectativas favorables pero luego, de manera súbita, lo sorprende con la eliminación de dichas condiciones”*⁴⁵

Adicionalmente define tres presupuestos de la confianza legítima, estos son: *“i) la necesidad de preservar de manera preteritoria el interés público; ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad.”*⁴⁶

Adición de un trámite administrativo

En la Sentencia C- 131 del 2004⁴⁷ la Corte decide sobre la constitucionalidad de la expresión *“y los de servicio diferente al servicio público cada dos años”*, contenida en el primer inciso del artículo 51 de la Ley 769 de 2002 *“por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”*. El demandante consideraba que ese aparte violaba el principio constitucional de la buena fe y de la confianza legítima porque aducía que durante más de ocho años, no estaba vigente en el país la obligación de someter a los vehículos particulares a una revisión técnico-mecánica, y que por lo tanto, el restablecimiento de ese trámite administrativo, vulneraba la expectativa del propietario o tenedor de autos particulares, pues bastaba cumplir con el mantenimiento mecánico del

⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia T- 807 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

⁴⁵ Ibid. Sentencia T- 807 de 2003

⁴⁶ Ibid. Sentencia T- 807 de 2003

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 131 de 2004. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

carro, sin necesidad de que el Estado periódicamente se asegurase que efectivamente se estaba cumpliendo con las normas en la materia.

La Corte se refiere al principio de confianza legítima como se ha referido la jurisprudencia y doctrina española, al decir que consiste en que el Estado no puede intempestivamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue un tiempo para que se adecuen a esa modificación. Se trataría entonces de proteger unas expectativas de los particulares, respecto a actuaciones previas de la administración. En esta sentencia la Corte consideró que no hubo ninguna vulneración al principio de confianza legítima, el hecho de que el legislador vea conveniente restablecer un trámite administrativo que había sido derogado por el artículo 140 del decreto 2150 de 1995, sobre la revisión técnico mecánica de los automotores particulares. Respecto al principio de la confianza legítima

La Corte se refirió a que:

“el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.”⁴⁸

La Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima viene del principio de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. La Corte señala además que en materia de interpretación judicial, el fallador debe abstenerse de cambiar intempestivamente la interpretación que de las normas jurídicas haya realizado para mantener la certidumbre que eso generaba. Si no es así, el destinatario de la norma puede invocar la protección a la confianza legítima.

Respecto a la función legislativa, no quiere decir que el legislador esté limitado para modificar las normas. Pero si debe fijar un tiempo prudente y razonable para su adaptación por los particulares.

La Corte en este caso, mantiene exequible la norma, pues en el caso concreto, no se cumple con los presupuestos anteriormente señalados para gozar de la protección del principio de la confianza legítima.

Igualmente el Consejo de Estado se ha referido al principio de confianza legítima en los siguientes términos:

⁴⁸ Ibid, Sentencia C- 131 de 2004

Contrato Estatal de obra – verbal

Finalmente, en Sentencia del Consejo de Estado, del 8 de noviembre del 2001⁴⁹ se trató el caso de un contrato de obra pública verbal realizado a través de orden de trabajo y a precios unitarios consistentes en los levantamientos topográficos para titulación de baldíos en los Municipios de Arauca, Puerto Rondón Cravo Norte y Tame zona rural.

El demandante solicitó que se condenara a la entidad a pagar el valor de los servicios prestados y la correspondiente indemnización por su no pago, pues el contrato si había existido. El tema se resolvió bajo el principio de Confianza Legítima, y se dijo que este principio conduce a que no resulta justo desamparar a quienes actuando de buena fe, creen, dada la conducta del Estado, tener legitimidad. El Consejo de Estado y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, ha tenido en cuenta la conducta de buena fe no sólo para valorar los comportamientos de los particulares y el Estado en las relaciones contractuales como en las extracontractuales; ese principio ha dicho ampara las relaciones y conduce a terrenos de justicia

Se concluyó que la ejecución del contrato tuvo su causa en la orden del Intendente de Arauca para quien y en su conocimiento era claro que aún no existía el contrato. La realización de trabajos por parte del demandante estuvo rodeada de consentimiento administrativo en su favor, por la orden de iniciación de los mismos, que se tradujo en la confianza legítima que le produjo la ordenación del Estado. Y condenó por tanto a la indemnización.

Pérdida de investidura

En Sentencia del 21 de mayo de 2002⁵⁰, el Consejo de Estado trató el caso de un Representante a la Cámara que asumió el cargo de congresista estando inhabilitado, pues dentro del año inmediatamente anterior a su posesión había sido Alcalde de un Municipio en Santander. En su defensa se argumentaba que al suplir una falta temporal, no se le podía exigir el régimen de inhabilidades. Para tal argumento se apoyó en el principio de la confianza legítima, al considerar que había posiciones jurisprudenciales que configuraron un marco jurídico al cual se ajustaba su conducta.

El Consejo de Estado no compartió tal argumento, pues consideró

“que un cambio jurisprudencial sobre la interpretación y alcance de una disposición legal o constitucional, no significa la creación de una nueva norma jurídica, dado que la misma es solo un criterio de interpretación que

⁴⁹ Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. 8 de noviembre de 2001. No. rad. 12853

⁵⁰ Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, del 21 de mayo de 2002. No. Rad. 11001-03-15-000-2002-0042-01(PI-039)

no compromete la decisión de los jueces, ni afecta la existencia de la norma aplicada.”

Respecto del principio de la confianza legítima señaló que es un “*mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones*”. Y lo halló improcedente en el caso estudiado porque

“no significa que en aras de proteger un interés particular (el del demandado), se desconozca el interés general que encierran las inhabilidades y la institución de pérdida de investidura, que garantizan de una parte, la transparencia e integridad de los que los representan al pueblo en las instituciones políticas democráticas y de otra parte, reclama una sanción inmediata para aquellos que no son dignos de hacer parte de las mismas.”

Extinción de dominio de un predio rural por parte del INCORA

En sentencia del 25 de enero de 2001⁵¹, el Consejo de Estado conoce sobre una demanda interpuesta por el propietario de un predio rural, el cual fue objeto de resolución de extinción de dominio por parte del INCORA.

El caso se trató de un propietario de un predio rural, quien por petición del INCORA, permitió que otras personas aprovecharan gratuitamente su predio mientras esta entidad tramitaba la oferta de compra de su inmueble. El INCORA nunca formalizó tal oferta por la inexploración económica por parte de su propietario, sin tener en cuenta el acuerdo que previamente habían realizado con esta entidad para permitir que parte de su predio fuera usado y explotado por campesinos desfavorecidos.

El propietario nuevamente le formuló al INCORA una nueva oferta de venta de su inmueble, y dicha entidad lo encontró procedente, pues el predio era muy productivo para un programa sobre familias campesinas. Esto hizo que el propietario del inmueble dejará la explotación directa de su predio en manos de campesinos pues estaba convencido de que el INCORA procedería a la adquisición, porque la oferta y los estudios que realizó manifestaban la conveniencia de comprar el predio.

No obstante lo anterior, el predio fue objeto de una resolución de extinción de dominio. Por lo que fue recurrida, y decidida desfavorablemente, desconociendo el compromiso adquirido por el propietario y los ocupantes y ratificado tácitamente por el INCORA.

⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Consejera ponente: María Helena Giraldo Gómez, del 25 de enero de 2001. no. rad. 9672

La Sala encuentra que el INCORA desarrolló actos positivos con los cuales le daba a entender al propietario que le iba a comprar su predio, por lo que encontró una vulneración al principio de la confianza legítima. Señaló al respecto que este principio:

“soporta las relaciones entre el administrado y la Administración en aplicación del principio constitucional de la buena fe, pues el depositar una razonable confianza en el proceder estatal, representado verbalmente en charlas y por escritos en conceptos o informes del INCORA no puede generar consecuencias jurídicas desfavorables para el administrado.”

Por lo anterior la Sala procedió a anular el trámite de extinción de dominio llevado a cabo por el INCORA.

Disponibilidad presupuestal - Requisito de legalidad

El Consejo de Estado a través de Sentencia del 30 de julio de 2008⁵² se pronunció frente a la demanda interpuesta por las sociedades SEGO LTDA., y S.H.S. MÁRMOLES DE COLOMBIA LTDA., por intermedio de apoderado, en contra del Municipio Santiago de Tolú.

Las sociedades demandantes señalan que el Municipio Santiago de Tolú celebró con la sociedad Constructora Sejo Ltda., dos contratos de consultoría, uno para el diseño de la señalización turística entre Coveñas y La Boca de la Ciénaga de ese municipio, y otro para la elaboración del estudio de revegetalización en las márgenes de los arroyos Pichilín, Las Pitás y Guaní de ese Municipio, igualmente se celebraron cuatro contratos de asesoría, uno para la elaboración de los términos de referencia para la recolección de los residuos domésticos y otros en el sector rural del Municipio de Santiago de Tolú, otro para la elaboración de los términos de referencia del plan de tratamiento de aguas residuales en el sector de la Boca del Francés, otro para la elaboración de los términos de referencia del plan de tratamiento de aguas residuales en el sector de la Boca de La Alegría y el último para la elaboración de la ficha técnica de las instalaciones de las obras civiles de la Laguna de oxidación del Municipio Santiago de Tolú. Igualmente, el Municipio Santiago de Tolú celebró con la sociedad S.H.S. Mármoles de Colombia LTDA., el contrato de suministro de material arcilloso destinado al recubrimiento del botadero de basura del Municipio Santiago de Tolú.

Argumentan las demandantes que el Municipio Santiago de Tolú no canceló suma alguna a las contratistas por concepto de los contratos relacionados, hecho que ha ocasionado graves perjuicios económicos que deben ser resarcidos por el ente municipal.

⁵² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., 30 de julio de 2008. Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

De esta forma, entra la sala a destacar la importancia que tiene la obligación de la entidad cuando pretenda celebrar un contrato de tener las respectivas partidas o que cuente con la disponibilidad presupuestal, dichos requisitos se encuentran fundamentos en los principios de legalidad y de planeación como rectores de la actividad contractual. La Ley 80 de 1993 norma bajo cuyo imperio se celebró y ejecutó el contrato, consagra en su artículo 25, inciso 6 la exigencia legal para las entidades estatales de contar con la existencia de las respectivas partidas presupuestales, previamente a la apertura de la licitación, de los concursos o de la suscripción de los contratos.

Por consiguiente, ninguna autoridad del Estado podrá iniciar procedimientos administrativos de selección contractual, tales como licitaciones o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones, sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, dicha omisión dará lugar a la violación de los principios de legalidad del gasto y de planeación y, de esta forma, podría comprometer la responsabilidad personal y patrimonial dentro del ámbito disciplinario, fiscal e incluso penal del funcionario que actúe con desobedecimiento de los mismos.

Dentro de los contratos celebrados entre el Municipio y la firma demandante, no se encontró una cláusula expresa que regulara con precisión las obligaciones a cargo del Municipio, ni tampoco la forma y oportunidad del pago de los trabajos ejecutados, pero esta omisión no puede servir de excusa a la Administración Municipal para eximirse de cumplir su principal obligación consistente en pagar el valor pactado en el contrato, la cual surge como contraprestación derivada de la elaboración y entrega de los diseños objeto del contrato de consultoría.

Dicha conducta por parte de la Administración va en contravía del principio de la buena fe que debe orientar las relaciones contractuales y que encuentra consagración en el Estatuto de Contratación Estatal, en el artículo 5. Inciso 2 mediante el cual ordena como deber de los contratistas “*obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse*”, como en los artículo 23 el cual establece que “*las actuaciones de quienes participan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales del derecho, entre ellos el de la buena fe*” y el 28 el cual dispone que “*en la interpretación de las normas y de las cláusulas y estipulaciones contractuales, se tendrán en consideración los postulados de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones*”. El principio de la buena fe impone a las partes una actitud de lealtad, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual. Lo que se busca es garantizar la ejecución eficiente del objeto contractual y así como procurar la satisfacción de los fines de interés público de la contratación, principio cuya efectividad se vio violentado en el presente caso como consecuencia de la improvisación de la Administración Municipal.

Es así como las disposiciones consagradas en los principios de la buena fe, de economía y de planeación no fueron observadas por la Administración Municipal de Santiago de Tolú en el caso presente, ya que no hubo previsión alguna sobre la etapa de planeación y diseños previos, omitiendo cerciorarse de contar con las partidas presupuestales necesarias para

satisfacer la contraprestación. La Administración al no cumplir con el pago compromete la responsabilidad patrimonial del municipio por los daños que con su conducta ocasionó al contratista, al igual que la responsabilidad personal del funcionario, quien celebró contratos sin el lleno de los requisitos legales.

“En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquel criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad -que promovían la omnipotencia contractual de la administración-, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art. 83) del Estado Social de Derecho”⁵³.

De esta forma la Sala condena al Municipio de Santiago de Tolú a pagar, a favor de la sociedad demandante CONSTRUCTORA SEGO LTDA., por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de doscientos sesenta y dos millones doscientos cuatro mil novecientos treinta y siete pesos moneda corriente (\$ 262'204.937.00), correspondiente a los diseños no pagados al contratista e intereses moratorios civiles, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

Principio del no enriquecimiento sin causa en la etapa pre contractual

En sentencia del Consejo de Estado, del 7 de junio de 2007⁵⁴ se analizó la demanda interpuesta por el señor Jaime Arturo Moreano quien argumenta que el 10 de junio de 1994, entre el Alcalde del Municipio de Samaniego y el Ingeniero Jaime Arturo Dorado se celebró un contrato cuyo objeto era el de ejercer la consultoría del diseño estructural arquitectónico del Coliseo de la ciudad de Samaniego y que el demandante de forma oportuna entregó el proyecto de la construcción del coliseo cubierto, dicho proyecto fue aprobado por parte del Jefe de la División de Operación y Sistemas del Departamento Nacional de Planeación y por el Fondo de Cofinanciación para la infraestructura Urbana “FINDETER”, por cuanto la viabilidad de este tipo de proyectos debía ser realizado por esa oficina. El demandante indica que el proyecto fue utilizado por la entidad estatal y que el Municipio de Samaniego sin razones válidas incumplió lo pactado en el contrato.

⁵³ Ibid., Sentencia del Consejo de Estado. Radicación no.: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

⁵⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 7 de junio de 2007. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)

Por consiguiente, el demandante solicita la aplicación del principio que impide que se produzca un enriquecimiento sin justa causa, ya que el incumplimiento en el que incurrió el municipio al recibir satisfactoriamente el proyecto, y este al no ser pagado, generó un enriquecimiento sin causa en la medida en que la entidad pública se benefició gratuitamente del proyecto en detrimento del patrimonio del demandante

El actor impugnó la sentencia del Tribunal con el objeto de que se revocara y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. La Sala precisó que el principio del no enriquecimiento sin causa, se ha aplicado jurisprudencialmente a eventos en los cuales entre el particular y el Estado no existe vínculo contractual.

De este modo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado la figura del no enriquecimiento sin causa, especialmente frente a casos en los que los sujetos ejecuta una prestación a favor del Estado, es decir, cuando el contrato no se ha perfeccionado o ya ha terminado; igualmente regular eventos en los cuales se ejecutan prestaciones que no están comprendidas en el contrato legalmente celebrado entre las partes.

Frente a las situaciones de hecho ocurren antes de que se suscriban los contratos y que son determinantes de daños al particular, el Consejo de Estado ha afirmado que se configura la responsabilidad del Estado y hay lugar *“al reconocimiento de los daños y perjuicios en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, donde desde luego ocupa un lugar preponderante la confianza que en la parte se haya suscitado, dentro de la etapa previa al perfeccionamiento del negocio jurídico.”*⁵⁵

Igualmente, en la aplicación del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, ha indicado que del mismo surge para la Administración la obligación *“de pagar las obras ejecutadas con asentimiento de su parte, precisamente con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado”* porque de acuerdo con dicho principio *“la buena fe se presume y los particulares y autoridades públicas deben ceñirse a dichos postulados.”*⁵⁶

Es así como la Sala considera que durante la etapa de formación de un contrato se configuran obligaciones recíprocas, Si una de estas obligaciones se llega a incumplir se presenta la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el *“iter negocial”* y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio.

Frente al presente caso, considera la Sala que no hay duda que el contratista, a pesar de que el contrato no era ejecutable, entregó el proyecto de consultoría objeto del contrato, y que a su vez el municipio, conociendo dichas circunstancias, lo recibió y tramitó ante las autoridades competentes. De la misma forma se logró probar que la entidad pública no pagó el valor acordado en el contrato de consultoría.

⁵⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez. Bogotá D.C., 29 de enero de 1998, Expediente 11099.

⁵⁶ Ibid., Sentencia Consejo de Estado Expediente 11099.

Finalmente la sala concluye que la situación objeto de análisis se enmarca en un evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento correlativo de la entidad y por el otro lado del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes. Por consiguiente, la actitud del contratista contribuyó en la producción del daño, es por esto que la indemnización de los perjuicios pretendida por el demandante, debe reducirse en consideración al grado de participación del particular. *“En efecto, el no pago de la prestación ejecutada es imputable a las acciones y omisiones de los dos sujetos del contrato, contratista y municipio de Samaniego, razón por la cual no resulta procedente acceder a la pretensión encaminada a que se condene el municipio a la indemnización de todos los perjuicios materiales”*⁵⁷ De esta forma, lo que procede es una indemnización proporcional al grado de participación de la víctima en la producción del daño, que para este caso la Sala estima en un 50%.

Para concluir, podemos resaltar que a lo largo de la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado al principio de la confianza legítima, ha establecido que este principio está compuesto por otros que constitucionalmente se han incorporado al ordenamiento jurídico a través de nuestra Carta Política, como lo son el de la seguridad jurídica y el de la buena fe. A partir de estos principios la Corte ha intentado hacer una integración con otros fundamentos y garantías constitucionales, y en cada caso particular ha establecido una interpretación que ha nuestro parecer refuerza las garantías y protección que merecen situaciones que generan expectativas legítimas para los administrados, por ejemplo cuando se producen cambios intempestivos de circunstancias, regulaciones o interpretaciones por parte de las autoridades que se creían estables, y con cierto grado de durabilidad, pero que repentinamente han sido modificadas por las mismas.

Otro punto en el que parece coincidir la Corte en los últimos quince años, es que la administración debe actuar conforme a sus propios actos, estamos hablando de la existencia de una palabra dada, previa una relación jurídica existente entre el conglomerado social o bien entre un particular determinado, en virtud del cual se establecen unos vínculos que generan unas exigencias y unas consecuencias, que al no ser acatadas por la parte pasiva de la relación, como es el destinatario, como cuando se produce un cambio inesperado e incoherente por parte de la Administración sin justificación alguna, se quiebra el principio de confianza legítima entre las partes. Se considera que puede haber una vulneración a los derechos fundamentales cuando se presentan revocatorias directas de actos administrativos, previa configuración de una relación jurídica, sin autorización de quien haya adquirido el derecho.

Particularmente la Corte ha aplicado el principio de la confianza legítima en casos sobre vendedores ambulantes, que de manera general invocan la protección de este principio cuando actuando de buena fe, sobre la base de autorizaciones o permisos otorgados por la administración, se ven afectados por las modificaciones posteriores de la misma apelando a temas de interés general, como el respeto y conservación del espacio público, temas

⁵⁷ Ibid., Sentencia Consejo de Estado Expediente 11099.

coyunturales que sin duda los afecta sin tener consideración en decisiones previas por las cuales ellos se amparan, sobre todo en lo que tiene que ver con derechos a la igualdad y el derecho al trabajo.

En estos casos la Corte si bien reconoce la primacía del interés general, caso del espacio público, reconoce que se vulnera la confianza legítima en el sentido de que las personas actúan conforme a derecho pues las amparan decisiones propias de la Administración, y que por lo tanto para que este principio no se vea menguado es necesario la toma de medidas paralelas que mitiguen el impacto de la nueva situación que les genera inseguridad y una posible desprotección. Por eso la Corte en estos temas, ha fallado otorgando una protección parcial a los vendedores ambulantes en el sentido de llamar a las autoridades para que protejan a estas personas reubicándolas, o dándoles atención prioritaria a los menores que quedan envueltos en estas situaciones.

Otro de los puntos en que parece coincidir la Corte, es que en algunas ocasiones existen reglas de juego previas o parámetros objetivos que llevan a la conclusión que determinada actuación de la Administración es contraria manifiestamente a aquel acto propio previo en el que se cobijaron los destinatarios de la norma. Es decir, se supone que cumplidos ciertos requisitos exigidos por la administración para obtener un status jurídico o una situación particular, establecida en una norma o decisión de carácter vinculante, inmediatamente se otorga determinado derecho o situación, si esto no ocurre, la Corte como se ha referido en varios casos señala que se viola el principio de la confianza legítima, pues se genera una inseguridad y una desprotección a quienes esperan y confían en una determinada actuación de la Administración.

Como parte de la conclusión, queremos señalar que el manejo que la Corte le dio al tema del principio de la confianza legítima no es desafortunado en los casos donde se refiere al amparo de las expectativas de los destinatarios de las normas, puesto que el tema de los derechos adquiridos, es objeto de protección de otros mecanismos.

Por otro lado, encontramos que el Consejo de Estado ha tratado el tema de la confianza legítima aplicado a la parte precontractual y contractual de la contratación estatal, en esta medida admite la protección de las expectativas legítimas que tienen los proponentes a través de dicho principio, en la medida en que considera que el oferente debe ser protegido de cambios intempestivos e imprevisibles realizados por las entidades estatales. De esta forma, lo que se busca no siempre es proteger al administrado que es titular de un derecho adquirido, se trata de proteger al más vulnerable, es decir a quienes tienen meras expectativas sobre situaciones de hecho o regulaciones que no podrán ser modificadas de forma intempestiva. De producirse dicho cambio, la Administración tendrá que brindarle a los afectados unos plazos razonables para ajustarse a la nueva situación.

Igualmente, el Consejo de Estado ha encontrado responsable a la Administración aplicando la teoría del enriquecimiento sin causa, cuando sin haberse perfeccionado el contrato se ejecuta una prestación a favor del Estado sin recibirse contraprestación alguna por lo ejecutado. El Principio de confianza legítima cobra importancia en la etapa precontractual,

pues durante el proceso de formación del contrato existen obligaciones recíprocas que de incumplirse determinan la responsabilidad del Estado, que deberá reparar todo daño o perjuicio ocasionado a quien de buena fe ejecuta labores a favor de la Administración.

1.4 CONCEPTUALIZACIÓN DOCTRINAL

Antes de determinar los elementos que configuran el principio de confianza legítima, es importante hacer referencia a su concepto.

Según el autor español Juan José González, el principio de la confianza legítima se refiere a que:

“los Poderes Públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo -jurídicamente exigible- que el ciudadano pueda confiar en la Administración - y ésta en el ciudadano, añade SAINZ MORENO-, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivables.”⁵⁸

Para el autor español Iñigo Sanz⁵⁹, el principio de la confianza legítima se compone de un elemento subjetivo y otro objetivo, los cuales se refieren a que las normas de derecho público van dirigidas también a la persona individualmente considerada. Esto se refleja entonces en el deber que tiene el operador jurídico para analizar la situación particular de las personas y hacer una ponderación con los intereses posibles aplicables a su caso. El principio de confianza legítima entonces se entenderá como la confianza que tienen los destinatarios de esos actos o normas, en que estas permanecerán en el tiempo de una manera razonable y esperada, pues así fue la voluntad de la administración, y ellos se sujetan a ello en su cumplimiento y obediencia.

1.4.1 Elementos del Principio de Confianza Legítima⁶⁰

⁵⁸ Ibid. Sentencia de Consejo de Estado No. rad. 12853

⁵⁹ SANZ RUBIALES, Op. cit. p. 10

⁶⁰ El Principio de Confianza Legítima es un concepto que nació en el Derecho Alemán (*Vertrauensschutz*), donde tiene rango constitucional, derivado de la seguridad jurídica. Este concepto posteriormente lo incorporó el Tribunal de la Comunidad Europea. A partir de este momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado español lo han desarrollado. Tomado del artículo de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza

Nos disponemos a enunciar cuáles son los elementos de la confianza legítima⁶¹ de manera general, puesto que intentaremos a lo largo del documento, señalar cuáles son las circunstancias en tratándose de temas de preparación y evaluación de las ofertas, donde estos se pueden aplicar.

1. Existencia de una relación jurídica

La relación jurídica es aquella que se consolida entre un sujeto de derecho y el ordenamiento jurídico a través de la realización del supuesto de hecho de una norma jurídica. Es por esto que debe existir en primera medida una relación entre el sujeto particular, y la administración, a través de cualquier vínculo que genere efectos o consecuencias entre ellas.

Dentro de la etapa precontractual, ni la ley ni la jurisprudencia han consagrado el momento a partir del cual se considera que se configura la relación jurídica, sin embargo, consideramos que desde el momento en el que se publican los pliegos de condiciones se configura. Los pliegos de condiciones son los documentos rectores del proceso de licitación, en la medida en que se exterioriza la voluntad de la Administración señalándole a los proponentes los requisitos que debe reunir una propuesta y las reglas de juego que se regirán para todo el proceso, incluso incluye las bases normativas del futuro contrato ya que este se desprende del proceso de selección.

Por la importancia de este documento, la ley establece que su elaboración tiene que hacerse antes del proceso de selección, de la forma más completa y clara posible, fundamentada en unos estudios previos, sensatos y confiables ya que una vez publicados los mismos se configura la relación jurídica dando cabida a la protección de expectativas legítimas por parte de los proponentes y de la Entidad Pública.

El pliego de condiciones, como acto administrativo, genera unos efectos o consecuencias para los oferentes como para la entidad. Como primera medida, si el oferente desea contratar con la entidad tiene una carga, y es la de elaborar una oferta conforme a los parámetros fijados en el pliego de condiciones, de presentarla oportunamente en el tiempo y lugar fijado para el efecto y de asistir a las audiencias que la entidad le programe para su aclaración, una vez presentadas las ofertas tienen el carácter de irrevocables, es decir, no se puede desistir de las mismas. Y por el lado de la entidad, ésta tiene la obligación de respetar las exigencias sustanciales del pliego de condiciones, revisar cada una de las ofertas, y de evaluar las que cumplan con el criterio del “pasa no pasa”⁶². El

legítima en derecho administrativo. Fecha: Abril 2005. En la Página web: noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html. Vista el 13 de febrero de 2009

⁶¹ Esta clasificación es tomada de la autora María José Viana Cleves. Op. cit., p. 174

⁶² BELTRÁN, GONZALO. La Nueva Contratación Pública en Colombia. Anotaciones sobre la ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Primera edición. Ed. Legis Año 2009, Pág. 62. Explicación del artículo 5 de ley 1150.

desconocimiento de alguna de estas obligaciones, generaría una vulneración al principio de confianza legítima.

2. Existencia de una palabra dada

Esta se refiere a una conducta de la Administración dentro del marco de la ley, es la manifestación de voluntad expresada a través del pliego de condiciones. Para que produzca sus efectos y sea válido debe ser comunicado, publicado o notificado en debida forma, para de esta forma exigir su cumplimiento.

3. “Confirmación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes”⁶³

Esta característica se refiere a que debe haber una actuación posterior de la administración con base a la palabra dada (pliego de condiciones), para que reafirme esa voluntad previamente emitida. Sin los actos posteriores, armónicos y coherentes, la promesa dada pierde el sustento para que se consolide la confianza legítima. Este elemento ha sido reconocido por la Corte Constitucional mediante la exigencia que hace a las autoridades de ser coherentes dentro de sus actuaciones, cumpliendo así, con los compromisos que adquieren con los administrados⁶⁴. Por otro lado el Consejo de Estado ha acogido la doctrina de los propios actos⁶⁵, que se cimienta en el principio de la buena fe y que ha nuestro parecer refuerza el elemento de la confirmación de la palabra dada, al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

“Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. En suma, la regla “venire contra factum proprium non valet” tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las

⁶³ Tomado textual del libro. Ibid. p. 184

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T – 642 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes

⁶⁵ Ver Sentencias del Consejo de Estado del 13 de agosto de 1992, Exp. 6580; 11 de julio de 1996, Exp. 9409; 20 de febrero de 1998, Exp. 11101; 3 de febrero de 2000 Exp. 10399; 20 de septiembre de 2001, Exp.14582, de 10 de Septiembre de 2003, Exp. 25000-23-24-000-2003-01307-01, de 18 de Junio 2004, Exp. 11001-03-15-000-2003-1446-02(AC); (Citadas por la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P Ruth Stella Correa Palacio, del 26 de abril de 2006. No. Rad. 6001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado.”⁶⁶

La confirmación de la palabra dada con actos posteriores coherentes se sustenta en el principio de la buena fe, al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

*“Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las excepciones de ley, implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial”.*⁶⁷

4. “Actuación diligente del interesado”⁶⁸

Para la autora, el particular debe probar su diligencia, si alega la protección del principio de confianza legítima.

Este elemento se podría identificar como la carga de sagacidad y diligencia que tienen los administrados. La contratación debe estar conformado por actuaciones prudentes y diligentes, los problemas que se deriven de un comportamiento indiferente o negligente en las relaciones jurídicas derivadas de los administrados con las entidades estatales pueden generar responsabilidad a cargo del administrado, incluso se le puede impedir la protección jurídica de ciertos derechos que requieren cargas de diligencia y de ausencia de culpa.

- La protección de las expectativas legítimas:

Para la autora Viana Cleves, son las expectativas legítimas las que constituyen el objeto de protección del principio de confianza legítima.⁶⁹ Las expectativas legítimas *“son aquellas que, “aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación”*⁷⁰.

En nuestro tema particular, los proponentes tienen expectativas que deben ser respetadas, pues ellos esperan: 1) que los pliegos de condiciones sean el producto de una etapa de planeación seria y exhaustiva, 2) que las condiciones inicialmente fijadas en el pliego no sean ni sustancial, ni intempestivamente cambiadas por la entidad, pues ello acarrearía mayores costos para el oferente que tendría que adaptarse a esa nueva situación, y 3) que los criterios de selección y ponderación de las ofertas fijadas en el pliego, sean cumplidos a

⁶⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P Ruth Stella Correa Palacio, del 26 de abril de 2006. No. Rad. 6001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

⁶⁷ Ibid. Sentencia del Consejo de Estado. C.P Ruth Stella Correa Palacio, del 26 de abril de 2006. No. Rad. 6001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

⁶⁸ Ibid., p. 188

⁶⁹ Ibid p., 209

⁷⁰ Ibid., p. 211. La autora VIANA CLEVES, resalta este concepto como una tácita definición dada por la Corte Constitucional.

cabalidad cuando la entidad evalúe cada una de las propuestas presentadas. Cuando alguna de estas expectativas de los oferentes es abruptamente desconocida por la entidad, podrían invocar la protección al principio de confianza legítima.

Respecto al tema de los derechos adquiridos, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de diciembre de 1974, Sala Plena, Magistrado Ponente: Eustorgio Sarria, dijo⁷¹:

“... por derechos adquiridos han entendido la doctrina y la jurisprudencia, aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción”.

Los derechos adquiridos no son objeto de protección del principio de la confianza legítima, así lo concluye la autora VIANA CLEVES, puesto que como tienen una especial protección desde la Constitución Política, así lo establece el art. 58 de la C.P, su mecanismo de protección es específico y no general, por lo que no cabe invocar el principio de confianza legítima.⁷²

Visto lo anterior, procederemos a dar nuestro concepto sobre el principio de confianza legítima. Este principio que se manifiesta en la etapa pre contractual, es aquél que busca dar protección a las expectativas legítimas que tienen los oferentes frente a las condiciones planteadas dentro de los pliegos de condiciones. Es decir, a que éstas no sean modificadas intempestivamente ni de manera sustancial, respetándose así la confianza que el proponente ha puesto en la entidad, sobretodo en la coherencia de sus actuaciones, la cual no puede ser desconocida porque sí, cuando de por medio existe la convicción objetiva a partir de la publicación del pliego de condiciones de que una decisión se mantendrá en el tiempo, si ello no es así, tales modificaciones deben versar sobre temas accesorios y no sustanciales, y adicionalmente, deben ser comunicadas oportunamente para que los proponentes puedan adaptarse a esa nueva situación.

Una vez publicados los pliegos se configura una relación jurídica que tiene que ser respetada por parte de la entidad pública y el proponente, a su vez esos pliegos constituyen la palabra dada de la Administración en la medida en que plantea las reglas de juego del proceso de selección objetiva por lo que los actos posteriores tanto de la administración como del proponente deben seguir a cabalidad con los requerimientos exigidos en el pliego de manera armónica y coherente, que no vulnere las expectativas legítimas en cabeza de los proponentes y la entidad pública.

⁷¹ Tomado de la página. domino.creg.gov.co/PUBLICAC.NSF/Indice01/Conceptos.Creg-1999-C990014. Vista el 24 de marzo de 2009

⁷² VIANA, Op. cit., p. 207

II. PLIEGOS DE CONDICIONES DEFINITIVOS, COMPLETOS Y CLAROS

2.1 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS A LA REALIZACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

Los pliegos de condiciones son el conjunto de reglas planteadas por la administración para estructurar el procedimiento de selección de forma objetiva del proponente, así como demarcar el contenido y las expectativas del contrato.

La importancia de los pliegos radica en que regulan el contrato entre particulares y Estado de forma plena. *“es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él”*⁷³ Es así como los pliegos de condiciones tienen que establecer los requisitos necesarios para que los oferentes participen y los criterios de evaluación de las propuestas.

En este sentido, consideramos que los pliegos de condiciones son el eje central en los procesos de selección objetiva, su importancia radica en que son las reglas de juego, y las condiciones objetivas expresadas por la Administración en su interés de cumplir con los objetivos y fines que le manda la Constitución, dentro del cual la prevalencia del interés general, conlleva a que de manera eficaz y transparente se permita la participación en igualdad de condiciones de quienes cumplan con tales requerimientos del pliego, y así lograr una eficiente prestación o atención de servicios que demanda la Administración pública.

Es la Constitución Política la principal norma que enmarca y consagra los principios que deben prevalecer y regir cada una de las actuaciones de la administración, como la de los particulares cuando desean contratar con el Estado.

El principio de buena fe, por ejemplo, busca que las actuaciones sean realizadas conforme a la lealtad y a la transparencia, se trata pues, de guardar fidelidad con la palabra dada, que en este caso se concreta en la realización de un pliego de condiciones, cuya finalidad primordial es la de satisfacer las necesidades y funciones propias de la Administración. La existencia de la palabra dada, elemento configurador de la confianza legítima, establece unos requisitos y unas motivaciones particulares para lograrse una contratación objetiva, y paralelamente, implica un comportamiento diligente por parte de los oferentes que

⁷³ Consejo de Estado. Exp 16041., Op. cit.

interesados en contratar con la Administración, deben de buena fe, actuar de tal modo que le permita a la entidad estatal seleccionar de manera transparente y eficaz la mejor propuesta para su posterior ejecución, y esto solo se logra cumpliendo a cabalidad con las exigencias del pliego de condiciones.

La lealtad, principio que fundamenta el de la buena fe, y este a su vez integrante de la confianza legítima, hace referencia a que sea cumplido lo prometido en un acto previo y que exista coherencia con los actos realizados con posterioridad a esa primera declaración de voluntad, es decir, que con base a esa manifestación del querer de la administración de contratar algún bien o servicio, que se concreta en el pliego, los actos posteriores al mismo confirmen una y otra vez lo dicho con anterioridad, para que de esta forma se genere seguridad en quienes participan y actúan de buena fe en el proceso licitatorio. La transparencia por otro lado, se concreta en la obligación de fijar los aspectos indispensables para que las partes dentro de una relación jurídica puedan definir sus conductas.

Es entonces, el pliego de condiciones ese vínculo que permanece en el tiempo para regir toda la etapa pre y contractual del Estado, que se gesta en una idea sustentada en unos estudios previos sobre la necesidad de satisfacer el interés general, que regula la etapa previa de selección del contratista por la cual los proponentes soportan y realizan sus propuestas y además participan activamente en su corrección e interpretación, para que posteriormente se concrete y se materialice en un contrato, relación jurídica formada a partir de la publicación de los pliegos de condiciones, que generará obligaciones y prestaciones concretas a cargo de los contratantes y de la Administración, y que por lo mismo debe estar basada en unos principios que irradian en concreto la contratación pública, y en especial como en este documento queremos mostrar, el de la confianza legítima.

El principio de la confianza legítima, es hoy un principio de consagración jurisprudencial, que como se indicó anteriormente encontró su origen dentro del principio de la buena fe consagrado de forma expresa en nuestra Constitución Política y en el principio de la seguridad jurídica, principios orientadores del ordenamiento jurídico que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad pública ni por los particulares.

2.1.1 Términos preclusivos y perentorios para las distintas etapas de selección

Dentro de los pliegos de condiciones, en aras a escoger al futuro, se tendrán que cumplir y establecer los procedimientos y las etapas que se consideran son estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para cumplir con este propósito se tendrán que señalar términos preclusivos y perentorios⁷⁴ para las etapas de selección y se le dará impulso oficioso a las actuaciones, todo esto enmarcado dentro del principio de economía, que lo que intenta lograr, es que se consiga un procedimiento justo,

⁷⁴ “Los términos establecidos en la ley y los determinados por la entidad estatal son “preclusivos y perentorios” es decir, solamente podrán prorrogarse si existe autorización legal” PINO, Jorge. EL Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. 2005. Página 156

sin dilaciones ni demoras injustificadas que pueden generar no solo perjuicio a los proponentes sino un perjuicio a la sociedad misma o al Estado que convoca y requiere una pronta prestación o suministro de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas de carácter general.

Los términos que se cumplen en los procesos de selección tienen tres (3) fuentes normativas: el Legislador, los reglamentos expedidos por el Gobierno y los pliegos de condiciones.

Todos los trámites que lleven a la escogencia del contratista idóneo se tendrán que realizar cumpliendo con los términos que han sido establecidos, es decir, conforme al tiempo, los medios y los gastos necesarios, evadiendo dilaciones y retardos en la ejecución del contrato, no quiere decir ello, que se sometan a unos plazos y a unos términos sin objetivo alguno. Porque precisamente, lo que se busca es generar seguridad jurídica y estabilidad en cuanto a las condiciones o parámetros básicos y rectores de la contratación, es decir, de una relación jurídica que vinculara a los contratantes, todo con el único fin de cumplir a cabalidad con unos requisitos particulares previamente establecidos, para que no solo gane el proponente que busca el lucro en su participación, sino que se logren fines sociales propuestos por el Estado.

Este tipo de formalismos lo que buscan es constituir garantías para el ejercicio de los derechos establecidos dentro del ordenamiento jurídico, buscando la prevalencia del interés general sobre el particular.

La eficiencia y la eficacia solo serán logradas cuando se llega a la selección del contratista idóneo para cumplir con los cometidos Estatales, los esfuerzos propuestos dentro de un proceso de selección deben conducir a que haya escogencia, por consiguiente en los procesos de selección se deben cumplir las etapas de forma estricta reguladas en la ley. Las reglas sobre perentoriedad y preclusividad de los términos no pueden conducir a que los procesos de selección se declaren desiertos o a tomar decisiones contrarias a la ley con la excusa de estar cumpliendo con los plazos y los términos establecidos. Es por esto que el artículo 49 de la Ley 80 de 1993 tiene previsto que las entidades estatales puedan sanear los vicios de procedimiento o de forma que se presenten en las actuaciones administrativas precontractuales.

La existencia de una palabra dada, elemento de la confianza legítima, se concreta en una norma de carácter general que rige cualquier proceso de contratación administrativa, y que busca generar seguridad en cuanto a cuáles son los términos en los que tanto los proponentes como la entidad contratante deban atenerse y seguir fielmente, para que cada uno de ellos previamente sepa cuáles son las oportunidades y momentos de participar en la contratación. Sin el cumplimiento de estos términos que establece la ley y el pliego de condiciones de manera particular, se generaría una profunda desigualdad y arbitrariedad, en tanto no se conocerían las reglas de juego y de selección, atentando gravemente contra el principio de la confianza legítima.

Por consiguiente, cuando la Administración considere que se tienen que presentar prorrogas dentro de la etapa precontractual, es necesario que estas sean motivadas, es decir sustentadas técnica y jurídicamente, permitiendo así que los proponentes entiendan la razón de ser de las prorrogas, creando planes de acción para no ver afectados sus intereses. La ley deja en manos de la entidad la determinación de los plazos para que se logren configurar ofrecimientos completos y serios por parte de los proponentes brindándole a todos igualdad de oportunidades.

2.1.2 Interpretación de las reglas de selección

Los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general, autónomo, que producen efectos jurídicos durante las diferentes etapas, desde la etapa de selección del proponente hasta la celebración y posterior ejecución del contrato. Son la existencia de la palabra dada, y la configuración de la relación jurídica, mediante el cual se conforma el principio de la confianza legítima. Mediante los pliegos de condiciones las entidades estatales determinan el objeto que quieren contratar, las condiciones específicas y señalan reglas para la participación y selección de los proponentes y de la ejecución y celebración del contrato. La Administración tiene la facultad para elaborar unilateralmente los pliegos de condiciones, y está sometida en primer lugar, al cumplimiento de la finalidad de la contratación estatal que es la búsqueda del interés general mediante el principio de legalidad y en segundo lugar limitada por los principios de transparencia, imparcialidad y de buena fe, este último inmerso en toda la actividad contractual.⁷⁵

Las reglas establecidas para seleccionar a los proponentes no están ampliamente establecidas dentro de la ley, la Ley 80 de 1993 estableció una serie de principios rectores que buscan abarcar diversos eventos, sean presentes o futuros, de esta forma los continuos cambios presentados dentro de la contratación se ajustarán a las normas sin necesidad de que se presenten cambios en la leyes. La Ley 80 de 1993, es una ley de principios⁷⁶, de esta forma se les permite a las entidades estatales un margen de configuración para que puedan crear pliegos de condiciones ajustados al ordenamiento jurídico y encaminados a que sean satisfechas sus necesidades. Es así como la Ley 80 de 1993, numeral 5, artículo 24 fija unos lineamientos que las entidades estatales tienen que seguir tales como:

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Ricardo Hernando Monroy Church. Bogotá, D.C., septiembre 14 de 2001. No. Radicado: 1373

⁷⁶ “A diferencia de las reglas, los principios no son proposiciones que pretendan exigir una determinada conducta; por el contrario, son criterios que permiten adoptar una posición específica ante una determinada situación, provocando una respuesta (adhesión o rechazo) ante ésta; son lo que, en últimas genera consenso de identidad en una comunidad en relación con los valores por los que propende, y en consecuencia, que comportamientos admite o inadmite” DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Segunda Edición. Legis, 2000, página 20

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán 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.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Las reglas de selección tienen que revestir de características especiales para que logren su cometido, en esta medida lo que se busca son reglas justas, objetivas, claras y completas⁷⁷, puesto que van a sustentar la elección objetiva de la mejor oferta para la entidad, y que por lo tanto va a enmarcar esa relación jurídica que vinculará a uno y a otro sujeto en la contratación.

1. Reglas Previas

Antes de la apertura del proceso de selección se deben establecer las reglas que van a regir dentro del proceso que va a llevar a la selección de los proponentes y no podrán ser modificadas una vez se reciban las ofertas⁷⁸. Todo esto se da mediante la confirmación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes, este es el tercer elemento para que se consolide la confianza legítima. Elemento que se desencadena del segundo elemento, en la medida en que exista una palabra dada. La confianza del particular se da con el nacimiento en el mundo jurídico de la palabra dada por la administración y se fortalece con las conductas que se desarrollen posteriormente logrando una seguridad

⁷⁷ Ibid., p. 185

⁷⁸ Decreto 2474 de 2008, artículo 7

jurídica. Por consiguiente, la administración previo al proceso de selección tiene que establecer las reglas de juego que no podrán modificarse una vez concluida la etapa de la licitación, esto es, llegado el término de entrega de las ofertas, so pena de atentar con el principio de la confianza legítima.

2. Reglas Justas

Se entiende como reglas justas las que lleven a la selección de la oferta más favorable. Los requisitos que impone la entidad estatal deben estar dirigidos a que se elija la oferta más favorable para cumplir con los fines de la contratación. *“Las reglas que rinden tributo al formalismo, que imponen la prevalencia de requisitos formales o puramente adjetivos sobre las condiciones sustanciales, constituyen reglas injustas”*⁷⁹

El incumplimiento de este tipo de exigencias puramente formales, no podrá generar el rechazo de la propuesta, ya que estos requisitos no son impuestos para seleccionar al proponente que mejor pueda ejecutar la labor. Solamente el incumplimiento de requisitos sustanciales puede llevar al rechazo de la oferta.

De esta forma se da una aplicación directa del principio de buena fe, en la medida en que la principal finalidad del principio de buena fe es la de *“propiciar la mayor adecuación posible de la reglamentación jurídica a las exigencias del orden sustancial a medida que van aflorando en el ámbito del régimen”*⁸⁰ Lo que se busca es mantener el sistema jurídico acorde con los cambios en el tiempo, evitando exceso de formalidades que lleven a una aplicación estricta y rigurosa de la ley.

Es así, como la entidad estatal tendrá que crear un listado con los requisitos que tienen que cumplir los oferentes al momento de radicar su propuesta, para que de esta forma se tenga claridad sobre cuáles de estos requerimientos son realmente sustanciales y cuáles no. De igual forma, dentro del listado se debe incluir la sanción prevista por el incumplimiento de un requerimiento.

En los procesos de selección conforme al Decreto 2474 de 2008 prima lo sustancial sobre lo formal, por consiguiente si se llega a incumplir uno de los deberes que no tienen prevista una sanción no puede rechazarse una propuesta por la ausencia de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no sean parte de los factores de escogencia establecidos por la entidad en los pliegos de condiciones.

Dichos documentos los podrá solicitar la entidad hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones. La propuesta del oferente que dentro del término indicado no responda al requerimiento le será rechazada su oferta y no

⁷⁹ Ibid., p. 183

⁸⁰ U. BECCIA, L. BIBLIAZZI GERI, U. NATOLI y F. BUSNELLI. Derecho Civil, Vol I, F HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. Página 24 y 25

será subsanado en otro momento diferente al indicado por la entidad. *“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”*⁸¹

3. Reglas objetivas

Las reglas serán objetivas en la medida en que su aplicación no sea guiada por factores tales como la subjetividad de los evaluadores. Quienes realicen las evaluaciones por parte de las entidades estatales tienen unas condiciones particulares de formación profesional, capacidad intelectual, formación académica y experiencia, las reglas lograrán ser objetivas en la medida en que las condiciones particulares de los evaluadores no incidan en el resultado, es decir que la evaluación sea técnica y económica.

Por consiguiente, el objetivo es que la escogencia de la oferta idónea sea el resultado de fórmulas y operaciones matemáticas, aritméticas o geométricas, esta sería una consecuencia del respeto por las expectativas legítimas de quienes descargaron u obtuvieron el pliego de condiciones, expectativas que se encuentran plasmadas dentro de sus ofertas, ya que están hechas conforme a los requerimientos del pliego de condiciones, ajustadas a la capacidad de cada proponente de brindar el servicio requerido por la entidad estatal. Las ofertas tendrán que ser evaluadas conforme a los parámetros que la Administración planteó dentro de los pliegos de condiciones, pues las reglas de juego fueron reveladas previo a la presentación de las ofertas y ya no hay lugar a que sean modificadas por la entidad, pues ello acarrearía una violación al principio de la confianza legítima, pues se actuaría contrario a la palabra dada y a los actos propios de la Administración que se concretan en una actuación armónica y coherente.

4. Reglas Claras

Para que una regla sea considerada como clara requiere que al momento de ser interpretada guarde una concordancia entre la intención de quien la crea, es decir de la Administración y lo que entienden los proponentes. Lo realmente importante sobre este punto es que los proponentes y la Administración guarden la misma interpretación sobre las reglas para que no se presenten eventuales discrepancias que lleven a posibles litigios o demoras en los procesos de contratación. Reglas claras que se sustentan en el principio de confianza legítima, pues lo que busca es la mayor transparencia en el proceso, conforme a la buena fe de los contratantes.

Si la administración no es clara en la elaboración de las reglas, motivo por el cual hay una confusión en la interpretación de las cláusulas dentro del pliego de condiciones, las cláusulas confusas deben interpretarse en contra de quien las elaboró, todo esto dentro del principio *Indubio pro actione* “Las cláusulas pobres o confusas, que en los pliegos de

⁸¹ Decreto 2474 de 2008, artículo 10

licitaciones aparezcan, deben interpretarse en contra de la Administración que fue la que en su momento tuvo todo el tiempo y el equipo necesario para hacer las cosas bien”⁸²

5. Reglas Completas

Las reglas son consideradas completas si no necesitan de información adicional o de otra norma que permita su aplicabilidad.

2.1.3 Documentos exigidos

El debido proceso consagrado dentro de la Constitución Política hace imperativo el mandato que las gestiones y los trámites que se realicen ante la administración o que sean realizadas por esta, sean cumplidos con el pleno de los requisitos previstos en la Ley. Con ello se podrá garantizar la legalidad, la transparencia y la objetividad de las actuaciones.

La solicitud de cierto tipo de documentos lo que buscan es verificar el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones necesarias para ejercer un derecho o realizar una actividad encomendada por la administración.

La entidad pública tendrá que enlistar los documentos que sean indispensables para la presentación de la propuesta, cumpliendo con los principios de la contratación pública, en pro de la economía y la transparencia, por consiguiente las entidades estatales podrán señalar en los pliegos definitivos, en una lista enunciativa, qué documentos son subsanables y qué documentos se consideran no subsanables. Este señalamiento no tiene que quedar dentro de una lista taxativa, para privilegiar el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

El oferente se tendrá que ajustar a las exigencias establecidas dentro del pliego de condiciones si pretende que su propuesta sea considerada dentro del concurso. Este principio no puede ser exagerado, es decir que la administración no puede dejar de considerar una propuesta por el desconocimiento de requisitos que son menores y que no justifican el rechazo de la oferta.

Igualmente la Entidad Pública podrá en todo momento solicitar documentos adicionales siempre y cuando estén relacionados con el objeto a contratar, las entidades públicas pueden exigir a los proponentes, información y documentación que no sea objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio, para constatar requisitos adicionales de los proponentes cuando las características del objeto a contratar lo exijan.

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de mayo de 1995. Magistrado Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

2.2 CONVENIENCIA DEL OBJETO A CONTRATAR

El objeto del contrato debe ser precisado por la Administración de forma clara, completa y puntual, de tal manera que permita a los interesados conocer con exactitud qué es lo que la entidad estatal está buscando haciendo así un análisis de la conveniencia de la obra que se pretende realizar.

Los objetos contractuales no necesitan todos del mismo tipo de análisis desde el punto de vista de la oportunidad y la conveniencia.

De esta forma la entidad pública tiene que hacer un estudio previo de la conveniencia del objeto a contratar, para que la administración pueda manifestar de forma clara el objeto del contrato, para permitir que se presenten ofertas completas correspondiendo a las exigencias de la entidad estatal.

2.2.1 Justificación de la obra

El contrato estatal no es un fin en sí mismo considerado, sino que, para cumplir con los fines del Estado se requieren de bienes, servicios y obras que tiene que ser visto como un instrumento del que se vale la administración para cumplir con los cometidos estatales.

La Constitución estableció, como principio del estado de derecho, el postulado según el cual toda autoridad pública debe orientar sus actuaciones hacia el cumplimiento de los propios fines. Por lo anterior siempre que se celebren contratos con el Estado se debe buscar que se cumplan los fines del mismo, y la obra a contratar se justifica en la medida en que se acople con los fines enunciados en el preámbulo y en el artículo 2 de de la Constitución Política⁸³, que lo que busca es prestar un servicio público, que en últimas es la satisfacción de las necesidades colectivas y la prevalencia del interés general.

⁸³ Preámbulo Constitución Política Colombiana “*En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente*”

Artículo 2 Constitución Política Colombiana “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”

2.2.2 Necesidades a suplir

Cuando la entidad estatal crea tener la necesidad de contratar, lo primero que tiene que hacer es determinar y conocer cuáles son las necesidades de la entidad, esta función le corresponde al área técnica y/o administrativa de todas las entidades *“La elaboración de los planes de compras o adquisiciones no exonera a las entidades estatales para que, con anterioridad al inicio del proceso de selección, identifiquen la necesidad que se debe satisfacer con el contrato, ya que tales planes son establecidos, por regla general, con una anterioridad importante al inicio del trámite precontractual, y por tanto la actualización de la información se impone”*⁸⁴

La forma más adecuada de satisfacer la necesidad dependerá del estudio que realice la entidad, según el tipo de bien o servicio que requiera la entidad se deben realizar unos estudios sobre cómo es la forma más apropiada para suplir las necesidades. Todo esto para que en el momento en que se invite a los particulares a presentar sus propuestas las autoridades conserven un comportamiento armónico, consecuente y no contradictorio frente a los particulares con los elementos que piden para la prestación del bien o del servicio fundamentado en sus estudios o actuaciones previas. *“El principio de confianza legítima (...) otorga al administrado el poder de exigir una protección jurídica de sus expectativas legítimas”*⁸⁵

2.2.3 Análisis de riesgos de la contratación

Partiendo de la idea de los fines del Estado de lograr objetivos que le son inherentes, requiere de la ayuda de los particulares para que le brinden obras, bienes y servicios que se le escapan de su ámbito de conocimiento, de esta forma los particulares le prestan la ayuda requerida a cambio de una remuneración económica.

Los contratos de la administración pública tienen la particularidad de la conmutatividad de las prestaciones; la obligación de una de las partes se encuentra unida a las obligaciones de la otra. *“De esta característica de los contratos administrativos se deriva la exigencia que toda relación contractual tenga un objeto cierto y determinado, es decir, que haya precisión en las prestaciones a cargo del contratista (...) y de la remuneración recíproca”*⁸⁶

Por consiguiente se entiende que el precio cierto es un principio básico de los contratos administrativos, sobrepasando así la idea civilista del riesgo asumido por el proponente por fenómenos ocurridos después de la celebración del contrato. *“La desigualdad que se*

⁸⁴ PINO, Op. cit., p. 163

⁸⁵ VIANA, Op. cit., p. 162

⁸⁶ ESCOBAR, Op. cit., p. 399.

fundamenta en los intereses estatales se contrapone con una garantía que explica la aceptación de los particulares respecto de un vínculo que ab initio, y por lo menos teóricamente, se presenta como desequilibrado”⁸⁷

Es así como el equilibrio económico del contrato es la garantía otorgada al proponente por la supremacía que tiene la administración por ser titular del poder del imperium del Estado y promotora del interés público.⁸⁸ Lo dicho anteriormente es lo que da la confianza necesaria a los particulares de contratar con el Estado ya que los administrados confían en que la administración les garantiza la estabilidad de su situación jurídica, esto como corolario de la confianza legítima, *“Dicha estabilidad consiste en evitar cambios intempestivos y abruptos en la situación jurídica preexistente, con los cuales se puede generar, en contra de los administrados, graves daños y perjuicios patrimoniales”⁸⁹*.

Durante el plazo de ejecución del contrato se pueden presentar diferentes factores; tales como cambios en circunstancias económicas, políticas o sociales que pueden llevar a que no se cumplan los flujos y resultados esperados, alterándose así el equilibrio económico de las prestaciones, ya sea por hechos imputables a las partes o ajenos a ellas.” *El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”⁹⁰*

De esta forma la doctrina ha distinguido dos clases de riesgos; los riesgos empresariales y los riesgos anormales y externos al contratista⁹¹, en donde los primeros se le imputan jurídicamente al contratista ya que son considerados previsibles en el momento en el que se celebra el contrato, o por estar dentro del marco del riesgo beneficio, y los segundos son imputados jurídicamente a la administración, basándose en la garantía del patrimonio económico, la buena fe y las prestaciones económicas.

La Ley 1150 de 2007 en el artículo 4 que habla sobre los riesgos en la contratación pública, tiene como meta que se haga un estudio más a fondo en la etapa pre contractual en donde se logren identificar los riesgos que se puedan presentar en el marco de un contrato suscrito con una entidad estatal, de esta forma brinda unas modificaciones para evitar abusos que se venían presentando frente al equilibrio financiero y económico de los contratos⁹²

⁸⁷ DÁVILA, Op. cit., p. 490.

⁸⁸ Ibid., p. 401

⁸⁹ CLEVES., Op. cit., p 19

⁹⁰ DNP: DIE-GENIF MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Documento Conpes 3107. Política y Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. Bogotá, abril 3 de 2001

⁹¹ ESCOBAR., Op cit. Clasificación del riesgo creada por Rodrigo Escobar.

⁹² SUÁREZ, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Primera Edición, Legis, 2007. Comentarios al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. De la Distribución de riesgos en los contratos estatales. Página 53

1. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación

En esta medida las entidades del estado tendrán que realizar estudios exhaustivos previos en donde se le da un carácter fundamental para el manejo del riesgo la confiabilidad y la calidad de la información que se tenga en el momento de suscribir un contrato frente a los estudios que se hayan realizado. *“El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo”*⁹³

Un ejemplo de esto está dado por los Riesgos de Construcción, en donde se prevé que durante la etapa de preinversión y estructuración de los proyectos, se tienen que tener los estudios previstos, y se tienen que realizar actividades que conduzcan a un nivel de información adecuado para llegar a un análisis de costos, reduciendo el nivel de riesgo que pueda presentar el proyecto.

2. Se tendrá que realizar una revisión profunda y unos cambios a la repartición que se haga de los riesgos que sean previsibles. Dicha revisión la tendrá que realizar la entidad del estado de forma conjunta con el proponente.

2.2.4 Las condiciones de mercado

Analizada la necesidad y la justificación de la obra, las Entidades Estatales están en la obligación de analizar las condiciones y los precios del mercado. *“El análisis de las condiciones del mercado suponen la utilización de metodologías y procedimientos de distinta naturaleza que se aplicarán, necesariamente según las condiciones particulares de la prestación que pretende contratar la entidad estatal”*⁹⁴

El valor de una prestación depende del lugar de cumplimiento, es así como los valores del mercado serán los que se ajusten a las condiciones particulares del lugar, por ejemplo el transporte y la mano de obra.

Resulta muy importante que al realizar el ejercicio presupuestal se cuente con sondeos de mercado y estudios serios de las necesidades, para que los presupuestos detallados de cada uno de los procesos de selección sean reales y consistentes.

Es así como el acto o resolución de apertura de una licitación debe ser motivado, la motivación tendrá que ser una enunciación de todos los requisitos que son previos a los procesos de selección de los proponentes, por consiguiente se tendrán que exponer el beneficio del proyecto y la disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir con los compromisos que se pretenden adquirir. *“Se indicará, por ejemplo, que la entidad ha*

⁹³ DNP., Op. cit.: DIE-GENIF MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

⁹⁴ PINO, Op. cit., p. 165

efectuado el análisis de oportunidad y conveniencia, los estudios del mercado, así como que cuenta con planos, diseños y con disponibilidad presupuestal correspondiente, entre otros aspectos”⁹⁵

Lo que se busca es que la decisión de iniciar un proceso de selección provenga de un estudio de conveniencia para la ciudadanía, y de la capacidad financiera que tenga la Entidad dependiendo de los planes de inversión y la disponibilidad presupuestaria.

2.3. ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

2.3.1 Planos, diseños y estudios previos

Antes de iniciar cualquier proceso de selección, la entidad pública debe tener los elementos necesarios para realizar de la mejor forma el objeto a contratar.

Si se trata de construcción de obras públicas, será indispensable que la entidad pública elabore planos y diseños correspondientes al proyecto.

Es así como se requiere de una planificación del gasto y de la inversión conforme al presupuesto, igualmente se deben establecer con anterioridad las condiciones técnicas necesarias para el cumplimiento de los fines de la contratación *“la definición de las especificaciones técnicas o financieras amarra –por expresarlo de alguna manera- el resultado de los procedimientos de licitación”⁹⁶*

Aspectos técnicos

Será necesario hacer los estudios necesarios para conocer las especificaciones de la obra que demande la entidad para satisfacer las necesidades del público.

Por consiguiente, resulta indispensable racionalizar el gasto público, el cual implica que cualquier proyecto que la entidad quiera iniciar debe contener unos estudios que busquen establecer la factibilidad del mismo en materia técnica, económica y el impacto social que este contenga en miras a satisfacer las necesidades públicas para optimizar recursos.

Para un contrato de obra pública, la entidad tendrá que elaborar planos y diseños que le permitan determinar el proyecto, a través de las especificaciones técnicas de los trabajos que se pretendan desarrollar, así como analizar las cantidades de materiales que se

⁹⁵ Ibid., p. 284- 285

⁹⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN- DNP-. Informe sobre Daño Antijurídico.

utilizarán. Igualmente, si se busca celebrar un contrato de concesión, será indispensable delimitar el servicio público que se entregará al sector privado enmarcando todas las características técnicas.

Aspectos económicos

Será indispensable la realización de un presupuesto oficial del valor de la obra, los servicios o los bienes a contratar. Este será el análisis que sostendrá un valor estimado del contrato, en donde se incluirán las variables utilizadas para hacer el cálculo del presupuesto de la respectiva contratación, el monto y los posibles costos adicionales.

Sin embargo, dentro de un contrato de concesión no será publicado ni revelado el modelo financiero empleado para su estructuración. *“No obstante, la estimación del valor aproximado del contrato tiene gran importancia, no solo porque permite efectuar un cálculo del monto de los recursos presupuestales que se requerirán para la realización del proyecto, sino también por la necesidad que una vez perfeccionado el acuerdo de voluntades se pueda desarrollar normalmente las obras o los servicios contratados, sin el grave riesgo de una falta de flujo de fondos que conllevaría a la paralización de la obra”*⁹⁷

Sobre este punto se pronunció el Consejo de Estado⁹⁸ en donde indicó que en virtud del principio de planeación, es vital que la entidad estatal antes de iniciar el proceso de selección de los contratistas, realice los estudios técnicos y los diseños de forma seria y completa que revelen los siguientes aspectos:

“(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; la (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos,

⁹⁷ ESCOBAR. Op cit., p.68.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 16 de agosto de 2006, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Oportuno resulta precisar que el aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se dejan comentados, en modo alguno constituye una novedad en el ámbito contractual, pues el mismo emerge con obviedad de los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con que ha de conducir sus actuaciones todo administrador público a quien se le confía el manejo de dineros y recursos que en modo alguno le pertenecen, que son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general, en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales.”⁹⁹

Aspectos jurídicos

Además de los aspectos técnicos y económicos es fundamental que la entidad estudie los aspectos jurídicos para la elaboración de pliegos de condiciones.

Será indispensable un pronunciamiento sobre la conveniencia de la obra a contratar. *“Entraña absoluta falta de seriedad el que se abran procesos, se ocasionen gastos para los participantes para que al final criterios de conveniencia, diferentes a los que emanan de la aplicación de los criterios de selección, dejen sin piso el respectivo proceso”¹⁰⁰*

Está establecido que los pronunciamientos de conveniencia son exigidos por los estatutos de las entidades descentralizadas para ser cumplidos por las juntas o consejos directivos. Los pronunciamientos sobre estos aspectos son genéricos, no se tiene que llegar a discutir sobre el proceso de selección o la persona del proponente.

De igual forma, es indispensable obtener las autorizaciones por parte del Congreso de la República, de las asambleas departamentales y de los concejos distritales y municipales, dichas autorizaciones deben otorgarse antes de la apertura del proceso de selección, su omisión arroja como resultado la nulidad absoluta por la violación de una norma imperativa, vicio que no puede ser saneado por ratificación¹⁰¹

Finalmente es indispensable que durante el proceso de selección se obtengan las licencias ambientales y de construcción de los proyectos que las requieran. Vulnera el principio de planeación si se llegan a adjudicar licitaciones y a celebrar contratos sin contar con las licencias que se requieran. La falta de esos requisitos van a generar demoras y problemas en la ejecución del contrato.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera. Expediente No. 15162. 16 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

¹⁰⁰ DÁVILA, Op. cit., p. 201

¹⁰¹ Ley 80 de 1993, artículo 45

2.3.2 Consecuencias de la falta de planeación del contrato

La falta de planeación acarrea consecuencias nefastas no solo dentro de la etapa de formación, sino que en la fase de cumplimiento de las prestaciones recíprocas se pueden ver serios inconvenientes. En esta medida, la omisión de planeación de la entidad podría llegar a afectar el interés público que es la finalidad de la contratación estatal¹⁰².

La parálisis del contrato sería la consecuencia más común que se podría presentar en los contratos de obra pública y en los contratos de concesión de servicios públicos por falta de estudios juiciosos y completos por parte de la entidad pública, en la medida en que será necesario elaborar diseños, planes y proyectos apropiados para llevar a un feliz término el proyecto.

Por otro lado, resultaría evidente que si no se logra rediseñar o modificar el proyecto para desparalizar el contrato, esto conllevaría a la terminación del mismo por encontrar dificultades que se pudieron prever en el momento de evaluarse la conveniencia del contrato. Dificultades que pueden modificar el contenido de las obligaciones del contratista, o que incluso pueden llevar a que no puedan cumplir el contrato por un cambio en las circunstancias que lo hacen excesivamente oneroso de cumplir.

*“La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización”.*¹⁰³

Lo anterior es una flagrante contravía al principio de la confianza legítima, puesto que las expectativas legítimas del proponente, sustentadas en la relación jurídica que existe entre él y la entidad contratante, configurada en la publicación de los pliegos de condiciones, concretada en la oferta presentada a la entidad se basa en los requisitos solicitados dentro del pliego de condiciones. Oferta que resulta ser la ganadora si es la más favorable según los criterios de ponderación plasmados en el pliego de condiciones. Una vez el proponente se convierte en contratista y se configuran a su favor unos derechos adquiridos, su posición

¹⁰² “Se presentaron con frecuencia casos de los que la controversia surge de deficiencias en los estudios previos, que dan espacio para que quienes ejecutan los contratos excusen su responsabilidad en la calidad de los diseños o la proyección cantidades de obra, por ejemplo. De allí que se sugiera profundizar en esquemas en los que las Entidades inicien procedimientos de licitación para contratos cuyos objetos sean técnicamente sofisticados o complejos, contando únicamente con diseños conceptuales o estudios de prefactibilidad, de manera que las obligaciones de los contratistas comprendan, como obligación o responsabilidad del contratista, la elaboración del diseño de detalle o del estudio de factibilidad”. Informe Daño Antijurídico Op. cit.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección tercera. Expediente No. 14.287. 31 de agosto de 2006. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

contractual se puede ver menguadas por circunstancias que estuvieron ajenas a su proceder, pero que de manera significativa configuran una violación respecto a la ejecución de buena fe del contrato.

Es así, como los estudios previos tienen gran trascendencia dentro de la contratación estatal, implica obligaciones para la entidad, que a su vez se convierte en obligaciones para el futuro contratista cuando se fijan los parámetros a seguir desde la perspectiva técnica. Dichos estudios y diseños, no solo son la base para el contrato, sino que a su vez les permite a los oferentes elaborar sus propuestas, convencidos que se están basando en información confiable. Es así como dentro de la etapa pre contractual, en el proceso de selección objetiva del contratista en la licitación pública, el principio de confianza legítima es el marco a partir del cual se desenvuelven las relaciones entre la Administración y los administrados, configurándose a partir de la publicación de los pliegos de condiciones, donde se fijan las reglas de juego que regirán todo el proceso de la licitación.

La publicación de los pliegos de condiciones manifiesta la voluntad de la Administración (palabra dada) que corresponde a una finalidad reconocida por los administrados que no es más que el interés general. Consideramos que el interés general se concreta no solo en el cumplimiento de los fines del Estado, sino también en la protección de los intereses particulares de quienes participan en el proceso de licitación como proponentes. Cuando la actuación de la entidad no corresponde a dicha finalidad, la confianza se pierde y por consiguiente la legitimación del poder de la Administración *“He aquí la importancia de que las dos partes de la relación jurídica (la Administración y los administrados) ajusten sus conductas a la buena fe y, con ello, a la confianza legítima”*¹⁰⁴

La falta de los estudios técnicos previos equivale a un mayor valor del contrato, que evidentemente será imputado al tesoro público, por los mayores costos y gastos que tenga que asumir el contratista. Estos problemas ponen a la administración y al contratista en una imposibilidad de ejecutar el contrato cuando se encuentren ante dificultades técnicas que se pudieron prever de forma anticipada. el numeral 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de *“responsabilidad”*, dispone: *“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”*.

La falta de planeación por parte de la Administración atentaría contra la seguridad jurídica del contrato, ya que la seguridad jurídica lo que busca es la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de tal forma que la certeza jurídica dentro de las relaciones de derecho público prevalezca sobre cualquier tipo de indeterminación. El Consejo de Estado definió la seguridad jurídica como aquel principio que *“pretende garantizar situaciones jurídicas*

¹⁰⁴ CLEVES., Op. cit., p. 53

definidas que permitan a las personas tener certeza sobre la normatividad a las que se deben someter”¹⁰⁵

La planeación de los pliegos de condiciones es un punto determinante para la consolidación de la confianza legítima, ya que el tercer elemento busca que se de la confirmación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes, es decir, que la confianza del particular surge por el nacimiento al mundo jurídico de una palabra dada por la entidad pública, pero se configura o se fortalece con las conductas posteriores que asuma la administración. En este sentido, la entidad estatal tiene que ser diligente en la planeación para tener para sostener la palabra dada. *“La Administración Pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan”¹⁰⁶*

Sin embargo, no existe norma ni antecedente jurisprudencial que impida que la entidad pública le pueda imponer al proponente obligaciones sobre la revisión de los diseños y de los planos realizados por la Administración durante la fase preparatoria y de planeación; inclusive puede trasladar mayores riesgos al proponente. La ley 80 de 1993, confiere una gran importancia a esta etapa, ya que se entiende que las equivocaciones que se presentan solo podrán incidir de forma negativa durante la ejecución del contrato, por esto se permite que el proponente revise los estudios y diseños previos y complemente los mismos. De ser esto así, en el pliego de condiciones debe quedar la distribución de los riesgos claramente plasmada, para que así, oferentes e interesados tengan las reglas de juego claras, ya que las dificultades que se deriven de un riesgo que se debió preveer por el proponente y no fue lo suficientemente diligente y sagaz puede generar responsabilidad de su parte y puede impedir la protección jurídica de ciertos derechos que implican no solo diligencia sino la falta de culpa de su parte.

2.3.3 Naturaleza administrativa de los pliegos de condiciones

Son actos administrativos de carácter general y obligatorio cumplimiento para los administradores y para los proponentes.

Escogida la oferta idónea, el pliego de condiciones será parte integrante del contrato que va a ser celebrado entre la entidad pública y el proponente. El contenido del pliego establecerá las condiciones básicas para aplicar e interpretar el contrato. *“De ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación”¹⁰⁷*. Configurada la existencia de una relación jurídica, mediante la publicación del pliego de condiciones, elemento propio del principio de la confianza legítima, en virtud de la cual, la adjudicación y posterior suscripción del contrato

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 2175 del 21 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández.

¹⁰⁶ CLEVES., Op. cit., p. 185

¹⁰⁷ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. 2004. Página 178.

convierte el contenido del pliego de condiciones, en una fuente concreta de obligaciones y prestaciones a cargo de una y otra parte del contrato.

Una vez publicados los pliegos de condiciones se pueden hacer modificaciones que no afecten la parte sustancial, simplemente pueden hacer claridad sobre ciertos puntos no esenciales, tales como prorrogas a los términos de presentación de ofertas o aclaraciones respecto de puntos del pliego que requieran ser ampliados, entre otros. Sin embargo, como se ha venido sosteniendo, la importancia de la fase preparatoria y de planeación en los procesos de selección proporcionan el cumplimiento diligente de la entidad estatal de las responsabilidades propias que se derivan de la elaboración de unos pliegos basados en estudios serios y reales, reduciéndose al máximo la necesidad de hacer modificaciones intempestivas, sobre todo si tienen que ver con elementos sustanciales de los pliegos de condiciones, violando el principio de equidad en las cargas públicas. *“Teniendo en cuenta estas pautas habría que rechazar la posibilidad limitada y permanente de modificar los pliegos pues significa confesión expresa de la violación de las reglas a cumplir en la fase previa. De manera categórica y enfática cuando las modificaciones son sustantivas y recurrentes a tal punto que comparando los pliegos iniciales con los modificados, las diferencias son abismales”*¹⁰⁸

El principio de confianza legítima, otorga a los proponentes la posibilidad de exigir protección cuando tengan razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica brindada por la Administración a través de los pliegos de condiciones. Si se modifican las condiciones establecidas dentro de los pliegos de condiciones de forma intempestiva, arbitraria y sin que se proporcionen los mecanismos necesarios que la justifiquen, se genera una alteración negativa de sus intereses legítimos, en la medida en que el oferente ha invertido, tiempo y capital en la elaboración de su oferta basándose en unas condiciones establecidas inicialmente dentro del pliego. Los oferentes podrán invocar el principio de confianza legítima, para que se les protejan sus expectativas, frente a este punto el Consejo de Estado dijo lo siguiente:

*“Así sucede frente a eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones legales que están a cargo del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal, caso en el cual se debe acudir a las figuras propias de la responsabilidad precontractual para que, frente a la prueba del daño alegado y de la imputación del mismo al Estado, por la violación de lo dispuesto en la ley contractual y de las reglas del principio de buena fe que orienta dichas relaciones, se declare dicha responsabilidad y se disponga la consecuente condena a la indemnización plena de todos los perjuicios”*¹⁰⁹.

En la medida en que sean publicados los pliegos de condiciones y se configura la relación jurídica, nace para los proponentes expectativas legítimas. La obligatoriedad de publicar unos pliegos de condiciones cumpliendo con el deber de elaboración de los mismos de la

¹⁰⁸ DÁVILA, Op. cit., p. 278

¹⁰⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Consejero Ponente Ramiro Saavera Becerra, Radicación número: 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)

forma más completa y clara posible hace que sea contrario a las expectativas legítimas de los proponentes, que sean cambiadas de forma repentina las reglas de juego.

El principio de confianza legítima protege relaciones jurídicas, al ser los pliegos de condiciones actos administrativos de carácter general se puede configurar una relación jurídica que implica obligaciones a cargo de la entidad estatal y los oferentes. Las adendas o aclaraciones a los pliegos de condiciones deben entenderse como simples aclaraciones, no puede esto ser una vía libre para que se presenten modificaciones carentes de sentido y sin un sustento técnico que las justifique como consecuencia de la falta de planeación por parte de la Administración, sin embargo, cabe aclarar que la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones es limitada, mas no la posibilidad de corregirlos o aclararlos.

Los pliegos de condiciones establecen obligaciones recíprocas; los administrados deben cumplir con los requisitos que emanan del pliego de condiciones para presentar sus ofertas, por otro lado, surge la obligación por parte de la entidad de revisar todas y cada una de las ofertas que le son puestas a su consideración de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderación fijados en los pliegos de condiciones, y tiene como deber accesorio la de contestar todas las peticiones que le sean formuladas en el transcurso de esa etapa precontractual de selección del proponente. *“Se exige que la relación jurídica existente involucre a la administración y a los particulares y, además como ha señalado la Corte Constitucional, “que los sujetos administrativos se encuentren respecto a la producción del daño en una situación propia del derecho administrativo””*¹¹⁰

2.3.4 Contenido y requisitos de los pliegos de condiciones

Los elementos que debe contener un pliego de condiciones tiene que ir de la mano con la determinación de factores y reglas que sean pertinentes para que se dé la posibilidad de que se presenten ofrecimientos coherentes, reales y posibles por parte de los oferentes *“La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultando los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración”*¹¹¹.

Conforme al literal b. del artículo 24, inciso 5 de la Ley 80 de 1993, los criterios que se deben emplear para la escogencia del proponente tendrá que ser el resultado del proceso de planeación del proyecto *“se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso”*

¹¹⁰ VIANA., Op. cit., p. 175

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección tercera. Expediente 16041. 26 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Ruth Estela Correa Palacios

El Consejo de Estado ha sostenido que en cuanto al contenido del pliego de condiciones, las cláusulas contenidas en el mismo tiene una “*categorización*”; unas cláusulas cumplen con una función practico-jurídica que determina reglas generales frente a las cuales el contrato tendrá que ser ejecutado. Por otro lado se encuentran las cláusulas que buscan orientar el reglamento, ya que registrá el proceso de selección del oferente.

Además de lo anterior el legislador exige que se creen cláusulas:

- a) claras, que no generen dudas ni debates sobre el alcance que estas puedan tener *“En cuanto a su confección material la administración corre con la carga de la claridad en las especificaciones y condiciones que plasma en dicho reglamento, de manera especial cuando adopta el esquema de establecer unas condiciones básicas y dar de otro lado a los oferentes un margen de discrecionalidad o libertad de iniciativa, permitiéndoles colaborar en la determinación de otras especificaciones relativas al objeto de la prestación requerida, especificaciones de forma, modo, precio, plazo, etc. además de la posibilidad de formular ofertas alternativas o variaciones de oferta”*¹¹²
- b) completas, las cláusulas deben contener disposiciones que cubran los aspectos formales y todos aquellos que sean indispensables para lograr los objetivos de la Administración *“Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable”*¹¹³.
- c) Justas, conformes a la Constitución y a la Ley. *“Con este propósito los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta”*¹¹⁴

De la misma forma las cláusulas contenidas en los pliegos de condiciones deben ser de posible cumplimiento, no tener la virtualidad de inducir en error a los proponentes.

Los pliegos de condiciones deben expresar de forma clara las condiciones económicas, el objeto del contrato y los plazos que se emplearan para la liquidación del contrato y para todo el proceso, aclarando que los términos serán preclusivos, perentorios y de obligatorio cumplimiento. Dichas reglas de juego plasmadas dentro de los pliegos de condiciones configuran la ley del concurso y la ley del contrato, en la medida en que entra a formar parte de él. .Con todo esto, los administrados confían en que la Administración les está

¹¹² Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera.3 de febrero de 2000. Expediente. 10399. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.

¹¹³ Consejo de Estado Expediente 16041., Op. cit.

¹¹⁴ Ibídem

garantizando una estabilidad de la situación jurídica creada dentro de los pliegos de condiciones, con esto claro, nacen al mundo jurídico obligaciones del orden económico y patrimonial.

La importancia del contenido de los pliegos de condiciones es de tal magnitud que sus cláusulas sirven para interpretar el contrato, y así encontrar el verdadero sentido que las partes le querían dar al negocio jurídico, resolviendo los posibles conflictos que se puedan desencadenar.

2.4. PUBLICACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

2.4.1 El proyecto de pliego de condiciones

Los documentos que configuran el proceso de contratación completan un todo con la formalización escrita del vínculo contractual.

El proceso de identificación de las obras, bienes o servicios que la entidad pretende negociar, la lleva a elaborar el proyecto de pliego de condiciones. Definido el tipo de obra, bien o servicio a contratar, realizados los estudios y diseños previos de forma seria y completa, la entidad procederá a elaborar un proyecto de lo que serán los pliegos de condiciones finales. Dicho proyecto será presentado al público para que todos los interesados lo estudien, y procedan a hacer las preguntas y observaciones que consideren pertinentes para presentar una propuesta. He aquí una de las oportunidades que se les concede a los oferentes, en la participación activa de la formación o discusión del pliego de condiciones. Por lo tanto se espera un comportamiento diligente por parte del interesado, elemento propio del principio de la confianza legítima, para que lo legitime eventualmente en la reclamación por un perjuicio sufrido por la no consideración de su observación que hubiera generado un mayor beneficio o eficiencia en la ejecución del contrato.

El proyecto de pliego de condiciones debe ser lo más cercano a lo que sería el pliego de condiciones definitivo, conteniendo así, la información pertinente y las reglas de juego del contrato. Aunque si bien se permite mayor flexibilidad en cuanto al margen de error de los pliegos, pues se trata precisamente de un borrador de lo que serán los pliegos definitivos, lo que si es cierto y tendrá que cumplirse, es con la concordancia y similitud en cuanto a las características sustanciales del proyecto de pliego y pliego de definitivo, para evitar la vulneración de principios como el de la confianza legítima.

La metodología empleada para elaborar el proyecto de pliegos debe ser la misma para elaborar los pliegos de condiciones definitivos. La información suministrada al público a través del proyecto de pliego de condiciones debe ser veraz, completa, seria y oportuna,

para no violar el principio de confianza legítima, y de esta forma permitir que los oferentes puedan presentar observaciones e interrogantes respetuosos a la entidad dentro del plazo estipulado, todo esto garantizando una estabilidad jurídica.

Con base en las observaciones planteadas por los particulares, la entidad pública podrá modificar los proyectos de pliegos de condiciones, para que de esta forma se clarifiquen temas que pueden ser oscuros, evitando así, que dichas inquietudes se manifiesten en parálisis, caducidades o terminaciones que generarán gravosidad dentro de la actividad contractual. También son objeto de sugerencias y comentarios los documentos y estudios previos que se publican con los proyectos de pliegos. Es potestativo de la Administración hacer los cambios pertinentes, en la medida en que no se ha configurado una relación jurídica.

2.4.2 Publicidad del proyecto de pliego de condiciones

Una consecuencia de la publicidad es que no existan secretos, es decir que en los procesos de selección se debe permitir dar a conocer todas las determinaciones.

La ley expresamente dispuso que el proyecto de pliego de condiciones debe ser publicado en el Portal Único de Contratación, que aunque no sobra no tiene que ser publicado en la página Web de la entidad contratante.

Es obligatorio para la entidad pública remitir a la Cámara de Comercio la información general sobre la licitación que se pretenda abrir. La información se podrá remitir vía electrónica.

Después de perfeccionado el aviso de la Cámara de Comercio, si la entidad pública quiere continuar con el proceso de contratación, debe publicar el proyecto de pliego de condiciones.

Junto con el proyecto de pliegos de condiciones se publicarán todos los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. La publicación se debe hacer en el Portal Único de Contratación mediante Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), cuyo sitio web será indicado por su administrador, de conformidad con los mecanismos y procedimientos de reporte de información que defina el Ministerio de Comunicaciones.

El momento para publicarlos debe ser por lo menos 10 días hábiles antes a la fecha del acto administrativo que ordenará la apertura del proceso, para el caso de la licitación pública y concurso de méritos.

A su vez la publicación debe permanecer y se extenderá hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta, según corresponda.

La publicidad es una forma de darle transparencia a las conductas realizadas por la Administración, dirigida hacia la prevención de la vulneración del principio de confianza legítima, en la medida en que los proponentes conocen en todo momento la información indispensable para que puedan crear propuestas competitivas.

2.4.3 Observaciones y sugerencias que se presentan al proyecto de pliego de condiciones

Cumplido el requisito de publicidad, los interesados podrán presentar sus inquietudes y observaciones en un plazo de por lo menos diez (10) días hábiles, el plazo expira cuando se ordena la apertura del proceso.

La entidad pública tendrá la obligación de tomar las observaciones formuladas por los interesados, evaluarlas, estudiarlas y publicarlas en el SECOP, a su vez la entidad tendrá que publicar las razones por las cuales se acogen o se rechazan las observaciones a los proyectos de pliego de condiciones. Sin embargo, la aceptación o el rechazo de las observaciones se tendrán que hacer de forma motivada, para lo cual la entidad tendrá que agrupar aquellas que contengan una naturaleza común. La publicación de las respuestas se tendrá que hacer en la fecha en la que sean radicadas, o a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Su permanencia se extenderá hasta dos años después de la fecha de liquidación del contrato o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta, según corresponda¹¹⁵.

Las observaciones presentadas por los interesados a los proyectos de pliegos de condiciones no son vinculantes para la entidad, simplemente pueden ser empleadas por la entidad para rectificar el proyecto de pliegos de condiciones.

2.4.4 Pliegos de condiciones definitivos

Cumplida la etapa anterior, la entidad deberá publicar los pliegos definitivos. En términos del principio de confianza legítima, este se puede considerar como la palabra dada de la administración, en la medida en que la administración está sujeta al contenido de sus decisiones y debe adecuar sus actuaciones futuras a lo previamente dispuesto por ella. “ *Si la Administración actúa o toma decisiones contradictorias con su palabra dada o con los actos propios previos, viola la confianza legítima de los particulares*”¹¹⁶

El pliego de condiciones manifestando la palabra de la Administración regula la etapa pre contractual como contractual de forma plena entre la entidad y los proponentes. Por consiguiente, es el pliego de condiciones,

¹¹⁵ Decreto 2474, artículo 8

¹¹⁶ VIANA., Op. cit., p. 233

“...la ley del contrato. Los mismos deben ser claros porque si fueran oscuros o demasiado esquemáticos sería contraproducente y ello podía dar origen a daños irreparables para la propia administración. Constituyen, evidentemente, uno de los documentos más importantes de procedimiento de la licitación, por cuanto determina las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos del contrato a celebrarse. Por eso se dice que las cláusulas del pliego son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los contratantes, debiendo sus reglas cumplirse, estrictamente. De allí deriva que no puede modificarse el pliego con posterioridad a la presentación de las propuestas ni luego de la adjudicación.”¹¹⁷

La determinación de los pliegos de condiciones (la palabra dada) hace necesario tener claridad respecto al contenido de los mismos y de aquellas disposiciones o decisiones de contenido jurídico que configuran la ley del contrato estatal, esto con el fin de que exista claridad sobre el conjunto normativo que va a regir las relaciones entre la entidad pública y el particular. Una vez configurada la relación jurídica los pliegos de condiciones serán determinantes para establecer el marco jurídico para la escogencia, celebración, ejecución y liquidación del contrato.

Por la importancia de los pliegos de condiciones dentro de la actividad contractual del Estado, dichos pliegos tienen que ser creados antes de la apertura de la licitación y por consiguiente los pliegos definitivos deben ser igualmente presentados antes de la apertura de la licitación *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse (...) pliegos de condiciones o términos de referencia”¹¹⁸* De esta forma con antelación se conocerán las disposiciones a las cuales se deben someter tanto proponentes como entidad pública.

Por consiguiente la elaboración de los pliegos de condiciones se tiene que basar en condiciones de diseño y elaboración de la obra correspondiente a una responsabilidad que es precontractual. La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, manifestó:

“De ahí que en el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993, se establezca que, con la suficiente antelación a la apertura del procedimiento de selección y a la firma del Contrato, según el caso, se elaboren los diseños y proyectos requeridos, para que la administración en tiempo oportuno conozca cada uno de los aspectos del objeto de la contratación. Lo que se pone en juego es la indemnidad de la administración pública, sin que sea aceptable que al momento de formalizar el contrato subsistan dudas sobre su necesidad, la

¹¹⁷ Manual de derecho administrativo, T. I, Editorial Plus Ultra. pág. 305

¹¹⁸ Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 12.

*calidad de los bienes o servicios y los precios de mercado, imponiéndose así mismo la objetividad de la selección*¹¹⁹

Es así como se da la necesidad de que las entidades adelanten y logren todo lo necesario para formarse una idea clara, del objeto del contrato y de las condiciones para su ejecución para que de esta forma una vez se haya adjudicado y suscrito el contrato, pueda cumplirse con la realización de ese objeto sin contratiempos para que pueda cumplirse el plazo dispuesto para el efecto.

Por consiguiente se entiende como los pliegos de condiciones corresponden a la parte de planeación y se entiende que es un instrumento fundamental para el fin del contrato estatal que sería la prestación del servicio o la obra.

2.4.5 Publicación de los pliegos definitivos

La publicidad dentro de las actuaciones de la administración es de vital importancia por el interés público que es inherente a toda la gestión estatal. La comunidad tiene el derecho a conocer quiénes, el por qué y cómo son tomadas las decisiones.

El derecho a la publicidad y en general el acceso a la información que esté relacionada con el ordenamiento jurídico vigente, ha sido reconocido por el artículo 209 de la Constitución Política y por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. Conforme a estos artículos y en busca de garantizar el respeto a la seguridad jurídica se debe desarrollar y ejecutar mediante la adecuación al principio de publicidad, es así como se debe hacer una adecuada publicación de los pliegos definitivos con el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

La seguridad jurídica es un derecho y *“tiene por objeto garantizar a cada ciudadano el conocimiento claro y estable de su situación jurídica y su correspondiente respeto por parte del Estado y de sus conciudadanos”*¹²⁰

La entidad contratante deberá garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación con excepción de los asuntos expresamente sometidos a reserva.

Este principio de publicidad es de suma importancia para salvaguardar el derecho de los proponentes de conocer cuáles son las decisiones que adopta la administración, desde un principio pudieron conocer cuáles eran los requerimientos para poder participar en la selección y esta situación debe permanecer, puesto que conocidas las condiciones originales, se espera de buena fe, que sigan inmodificables, salvo se aleguen motivos de

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446

¹²⁰ VIANA., Op. cit., p. 130.

utilidad pública, o cuando la mayoría de los oferentes lo propongan, siempre a consideración de la entidad si la adopta o no. Independientemente de las decisiones que se adopten, deben siempre ser comunicadas de manera general a todos y cada uno de los proponentes, en igualdad de condiciones, so pena de una vulneración al principio de la confianza legítima, por incumplimiento a la palabra dada, e incongruencia con los actos propios que se esperan por parte de la administración.

III. ETAPAS DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

3.1 PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS

Es el pliego de condiciones el que determina el plazo exacto para presentar las ofertas, éste debe establecer el día, lugar y hora exacta en donde estas se van a recibir. El término de presentación debe ser prudente, necesario y suficiente para que los oferentes de manera razonada y eficaz puedan generar ofertas reales conforme a las exigencias del pliego. Esta es una obligación de la entidad contratante para evitar la vulneración del principio de la confianza legítima que puede resultar en actuaciones posteriores, puesto que la indeterminación del lugar, la fecha y la hora en que se reciben las propuestas, puede acarrear nada más ni nada menos que la pérdida de oportunidad de un proponente en el contrato propuesto. Es entonces a través de un pliego que indique la forma en que se va a llevar a cabo la licitación de manera precisa y cierta que se configurará uno de los elementos propios de la confianza legítima que es la existencia de una relación jurídica.

Lo anterior está estrechamente relacionado con el segundo elemento de la confianza legítima, y es la existencia de una palabra dada, ya que es el pliego como medio vinculante entre la administración y el oferente que establece el querer de ésta conforme al ordenamiento jurídico, en el sentido de que la administración al emprender un proceso licitatorio para la realización de alguno de sus propósitos, como la prestación de un servicio o la adquisición de un bien, debe ceñirse a un proceso que es reglado y que se fundamenta en los principios que trae la Ley 80 de 1993 como la ley 1150 del 2007. Lo anterior materializado en unas condiciones y requisitos que deben cumplirse para satisfacer las expectativas de la administración y el oferente, que no son más que la celebración del contrato con celeridad y transparencia. Es esa existencia de una palabra dada, que obliga un comportamiento coherente de la administración frente a las exigencias contenidas en el pliego de condiciones que de buena fe cumplirán los proponentes que desean contratar con ella.

La preparación de la oferta depende del oferente que en todo caso deberá empezar a planearla desde que se publiquen los proyectos de pliegos. El plazo de la licitación¹²¹, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la del cierre de la licitación, estará señalado en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. En este sentido es necesario el comportamiento diligente del interesado, tercer elemento configurador de la

¹²¹ Ley 80 de 1993 art. 30 numeral 5

confianza legítima, pues debe actuar oportunamente presentando su oferta y cumpliendo con las exigencias del pliego, para evitar que sea eventualmente rechazado.

3.2 AUDIENCIA DE RIESGOS

El objeto de esta audiencia es la de generar espacios de diálogo y concertación entre los proponentes y la entidad contratante, en donde se realizan observaciones por parte de los interesados al pliego de condiciones en lo que se refiere a cómo fueron tipificados los riesgos previsible por parte de la entidad, cuál es su cuantificación, o quién es el que soportará tales riesgos, y en general en lo que tenga que ver con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible en el desarrollo y ejecución del contrato.

El decreto 2474 del 2008 desarrolló esta audiencia que fue establecida en la ley 1150 del 2007. A nuestro parecer es afortunada, pues es necesario que en la contratación se den espacios para la búsqueda de las mejores opciones para la entidad y los proponentes en la etapa previa a la ejecución del contrato, este tipo de audiencias basadas en pliegos bien hechos es una garantía para las partes contratantes, y como bien diríamos, se trataría de actuaciones que estarían acorde con uno de los elementos de la confianza legítima como el de la confirmación de la palabra dada con actos armónicos y coherentes, pues la finalidad de esta audiencia es la de mantener coherencia en las decisiones que toma la administración respecto a la necesidad de abrir un proceso licitatorio, a partir de una planeación óptima del proyecto y su consecuente parámetro regulador como sería el pliego de condiciones.

Esta audiencia de riesgos significa que hay una intención marcada en la contratación para dar más oportunidades de participación a los oferentes, para que construyan también la mejor forma de ejecutar el contrato y así evitar un menoscabo en sus intereses y derechos una vez celebrado el mismo. Por otro lado se genera en la administración un nivel mayor de compromiso con sus propios actos, y la subsiguiente consecuencia para la consecución de sus fines, acorde con el principio de la confianza legítima.

Esta audiencia de riesgos puede llevarse a cabo antes de la presentación de las ofertas o apertura del proceso¹²².

¹²² Ley 1150 de 2007 Art. 4 y Decreto 2474 de 2008 Art. 7 par. 2 (PARCIAL). Ésta norma reglamentaria fue suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado en Auto del 1 de Abril del 2009, con Ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Al encontrarla ilegal respecto de la disposición legal contenida en el Art. 4 de la Ley 1150, pues ésta señala que la asignación definitiva de los riesgos debe hacerse antes de la apertura de la presentación de las ofertas, y la norma suspendida parcialmente (Art. 7 pár. 2 Dec. 2474 del 2008), señala además de este momento, que la asignación de los riesgos podrá hacerse a consideración de la entidad, en la audiencia de aclaraciones que se refiere el art. 30 de la ley 80, es decir, tres días después del acto de apertura de la licitación. Apartes declarados suspendidos provisionalmente: “Parágrafo. A criterio de la

Es importante que los proponentes asistan a estas audiencias, porque al presentar sus ofertas se entiende que aceptan la distribución de los riesgos previsibles que estaban contenidos en el pliego de condiciones. De esta forma no podrá alegarse una injusta sobrecarga en la asunción de riesgos, pues previamente se había fijado la oportunidad de controvertir tal asignación.¹²³ El interesado en el contrato, el proponente, debe actuar de manera diligente, asistiendo a este tipo de audiencias conocerá cuáles fueron las razones que motivaron a la administración a tipificar los riesgos que previó en unos estudios previos y es a través de ello que se actuará conforme al principio de confianza legítima, pues estará respondiendo a unas de las formas que la ley establece para que pueda participar desde el principio en la conformación eficaz del proceso en el cual actuará.

¿Qué repercusiones tendría el acaecimiento de un riesgo previsible para el futuro contratista? A nuestro juicio sería la misma entidad estatal que los debería asumir. Esto como consecuencia de la carga que tenía la entidad de establecer por medio de unos estudios previos cuáles eran los riesgos que se prevenían para el contrato. Se entendería que de esta forma el contratista no podría soportar esos riesgos no identificados ni cuantificados, pues el pliego de condiciones es la palabra dada por la entidad, es ley para las partes que estuvieron previamente de acuerdo con el contenido y condiciones del mismo.

Es necesario precisar que en la existencia de una palabra dada concretada en el pliego de condiciones, el futuro contratista como colaborador de la administración y agente que busca la utilidad o lucro en el normal desarrollo de un contrato suscrito con el Estado, tiene derecho a percibir las utilidades que esperaba cuando contrató con la administración, y también tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato¹²⁴ en los eventos en que este se vea afectado¹²⁵.

entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo **podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la ley 80 de 1993**, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso.”

¹²³ Decreto 2474 del 2008, Art. 88.

¹²⁴ Sentencia de la Sección Tercera, 04/11/1994, no. rad. 7988, C.P Daniel Suárez Hernández. Sentencia de la Sección Tercera, 06/09/1995, no. rad. 7625, C.P Jesús María Carrillo Ballesteros, Sentencia de la Sección Tercera, 13/05/1996, no. rad. 8859, C.P Jesús María Carrillo Ballesteros Sentencia de la Sección Tercera, 06/03/1997, no. rad. 100387. C.P Ricardo Hoyos Duque. Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 12/11/1999, árbitros: Bernardo Carreño Varela (presidente), José A. Lema Villegas y Alirio Gómez Lobo. Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 03/04/2002, árbitros: Alfredo Vásquez Villarreal (presidente), Camilo González Chaparro, Jorge Luis Chalela Mantilla

¹²⁵ Ver, Sentencia de la Sección Tercera, 09/05/1996, no.rad. 10151, C.P Daniel Suárez Hernández 2.Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 14/05/1999, Árbitros: Adelaida Angel Zea (presidente), Pilar Salazar Camacho y Jaime Vidal Perdomo, Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 18/12/2000, árbitros: Saúl Sotomonte (presidente), Juan Carlos Henao Pérez y Daniel Suárez Hernández

3.3 AUDIENCIA DE ACLARACIONES¹²⁶

Similar objetivo tiene esta audiencia y la de riesgos, pues ambas buscan la participación activa de los proponentes en la construcción de las reglas de juego a las que se van a sujetar. De nuevo este es un momento en virtud del cual le permite a la Administración ser coherente con el acto propuesto- el pliego de condiciones-, y por otro lado le da oportunidad a los proponentes para que participen activamente con observaciones a los pliegos cuando consideren que algún punto o requerimiento es excesivo o está incompleto. Esta participación por parte de los proponentes le permitirá eventualmente demandar un acto que ellas mismas previeron como injusto o excesivo y que no fue corregido a tiempo por la Administración, tanto en uno como en otro caso, se estaría reforzando el principio de la confianza legítima en la relación de los proponentes.

Esta audiencia puede ser solicitada por los proponentes que descargaron u obtuvieron los pliegos de condiciones, y busca clarificar el alcance y contenido de los mismos en donde los oferentes pueden expresar las inquietudes u observaciones que tengan. De esta audiencia pueden resultar algunas modificaciones al pliego como la prórroga del término para la presentación de las ofertas¹²⁷.

Por lo anterior y de acuerdo con el principio de transparencia los interesados tienen la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten. Por eso el pliego establece los momentos en que se permite el conocimiento de tales actuaciones con la posibilidad de que se puedan realizar observaciones¹²⁸, de esta forma se asegura el principio de buena fe y seguridad jurídica que tienen los proponentes.

Para evitar eventualmente una vulneración al principio de la confianza legítima, la Administración debe escuchar a los proponentes, compartir sus inquietudes y acordar mejores condiciones para todos, es decir en estas audiencias, la entidad contratante tomando como base lo estipulado en el pliego de condiciones (existencia de una palabra dada), previamente conocido por los contratantes, intentará a través de una labor constructiva entre todos, adicionar, modificar o eliminar condiciones accesorias para la viabilidad de un futuro proyecto que se concretará con la elección de la oferta más favorable.

Nos atrevemos a afirmar que este tipo de actuaciones generan una confianza legítima en los proponentes que ven ajustados sus intereses sobre un pliego previamente establecido para realizar sus ofertas.

¹²⁶ Ley 80 de 1993 Artículo 30 numeral 4

¹²⁷ MUTIS VANEGAS Andrés Y QUINTERO MÚNERA Andrés La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas Ed. 1a Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000. Pág. 103

¹²⁸ Ley 80 de 1993 artículo 24 numeral 2

La Administración debe adecuar sus conductas futuras a la esperanza que ha generado en los proponentes, que al cumplir los parámetros exigidos en el pliego tienen la expectativa de que se les adjudique el contrato. Nos referimos con esto, a que la entidad tiene que cumplir a cabalidad con el pliego de condiciones, pues son las reglas de juego a las que se sujetan las entidades y los oferentes, de lo contrario se atentaría gravemente con el principio de seguridad jurídica y de buena fe de los proponentes que confían en que la evaluación de sus ofertas se somete a unos parámetros que ellos conocían previamente, y en los cuales basaron la elaboración de sus ofertas.

Estudios realizados por el Departamento Nacional de Planeación¹²⁹, señalan que el incumplimiento de los términos y requisitos del pliego de condiciones es una de las principales causas de demandas y de condenas al Estado en los procesos de contratación, pues los resultados son adjudicaciones ilegales¹³⁰. Por eso consideramos que las audiencias definidas en la ley, del cual pueden solicitarlas los oferentes, son el espacio idóneo para prever posibles conflictos entre la Administración y los oferentes.

3.4 ADENDAS

La adenda es un acto administrativo que profiere la entidad modificando parcialmente el contenido inicial del pliego de condiciones, producto de lo discutido y propuesto por los interesados en ofertar. Puede ocurrir que una adenda modifique un término o plazo del proceso de selección, en tal caso, la entidad deberá comunicarlo a los proponentes e incluirlo en el nuevo cronograma.¹³¹ Es de suma importancia la comunicación de estas modificaciones para garantizar así el pleno derecho de los proponentes de adaptarse a esos nuevos cambios, ya que el pliego es ley para las partes que consagra estipulaciones referidas a los derechos y obligaciones de las mismas¹³², de lo contrario se estarían violando principios como el de la buena fe y seguridad jurídica.

El decreto 2474 del 2008, señala en su artículo 7, que las adendas, modificatorias del pliego de condiciones, pueden expedirse dentro del plazo que fije la entidad, si no lo hace, la adenda debe señalar la extensión del plazo antes del cierre del proceso, para que los oferentes tengan el tiempo suficiente para realizar las modificaciones necesarias¹³³. Es

¹²⁹ Informe sobre Daño Antijurídico. Op. Cit Pág. 12

¹³⁰ El Informe de Daño Antijurídico antes citado, señala que el no cumplimiento de los requisitos plasmados en el pliego de condiciones, y que generan numerosos litigios contra el Estado, se dan porque no se respetan los cronogramas fijados por la entidad para seguir con el proceso licitatorio, se desconocen los criterios de evaluación de las ofertas por parte de la entidad fijadas en el pliego, y por la inobservancia de los principios sobre selección objetiva.

¹³¹ Decreto 2474 del 2008, Art. 7

¹³² Sentencia del Consejo de Estado, No. radicación 10313 del 22 de junio de 1996.

¹³³ Artículo 7. Modificación del Pliego de Condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del

importante resaltar en este acápite, que por Auto del Consejo de Estado del (1) primero de Abril del 2009¹³⁴, se suspendió provisionalmente por ser ilegal la disposición del Decreto 2474 del 2008, Art. 7, que prohibía que en el último día para el cierre de la licitación se propusieran adendas. Como consecuencia del pronunciamiento del Consejo de Estado, a través de este Auto se permite que se publiquen adendas el mismo día del cierre del proceso de selección.

En este punto queremos resaltar que las entidades no pueden modificar los pliegos de condiciones una vez iniciada la etapa de evaluación de las ofertas, pues se busca la escogencia objetiva del contratista. El Consejo de Estado ha dicho:

*No puede, entonces, la Administración so pretexto de vacíos o deficiencias en el Pliego de Condiciones cambiar los criterios o fórmulas para evaluar contenidos en los mismos, después de presentadas las ofertas e inventarse reglas a posteriori, por cuanto, el pliego de condiciones como es sabido es ley del proceso de selección, y, si bien éste puede ser interpretado por la Administración, no puede ser modificado o adicionado al momento de evaluar, como ocurrió en el presente caso, en el que comité calificador aplicó una fórmula de asignación de puntaje que éste no establecía.*¹³⁵ (Subrayado fuera del texto)

“...no resulta admisible cambiar con posterioridad las reglas de evaluación, amparándose en la facultad modificatoria de los pliegos. Como se advirtió una y otra vez, desde el punto de vista jurídico, no resulta admisible - una vez hecha la invitación a contratar - alterar o modificar el pliego de condiciones - dentro del plazo de la licitación - en lo que hace a las reglas que rigen el procedimiento de selección del contratista...”

La entidad en esta etapa no puede cambiar los criterios de selección, ni las fórmulas de evaluación de los mismos, pues esto atentaría contra el principio de confianza legítima de los proponentes frente a las actuaciones que se esperan de la Administración. Consideramos

cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.

Parágrafo 1. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

Parágrafo 2. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, cuando ésta se realice con anterioridad a la apertura del proceso.

¹³⁴ Consejo de Estado en Auto del 1 de Abril del 2009, con Ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³⁵ Sentencia del Consejo de Estado. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., 26 de abril de 2006. Op.Cit

lo anterior, en la medida en que una vez se han agotado las instancias en donde se discutieron las condiciones del pliego, y una vez cerrada la etapa de recepción de ofertas, se entiende que ellas fueron concebidas de acuerdo al pliego definitivo y se espera por lo tanto que se cumplan los criterios de evaluación fijados, so pena de incurrir en responsabilidad por una posible adjudicación ilegal. El Consejo de Estado en el año 2007¹³⁶, se refirió a este punto de esta manera:

“La Sala reitera, que la administración no puede variar los criterios de selección, ni las fórmulas de evaluación de los mismos, una vez presentadas las ofertas, y menos al momento de la evaluación de las mismas, pues modificar las reglas de adjudicación, en esta oportunidad, desconoce y pone en riesgo, por los menos, los siguientes principios: la moralidad administrativa, porque esta actitud facilita prácticas corruptas en la administración pública; y la legalidad, porque la administración está vinculada a sus propios pliegos -es decir, a las reglas de selección previstas con antelación-.”(Subrayado fuera del texto)

3.5 PRESENTACIÓN DE OFERTAS

El plazo para la presentación de las ofertas está fijado en el pliego de condiciones, usualmente coincide con el día del acto de apertura del proceso¹³⁷. Aún cuando puede prorrogarse este término no podrá ser mayor a la mitad del tiempo inicialmente fijado. Esto como una garantía para los proponentes y para la misma entidad, para que no se dilate el proceso ni puedan modificarse las condiciones inicialmente fijadas en el pliego.

De acuerdo al principio de confianza legítima se espera un comportamiento diligente de los interesados en participar en el concurso, esto se concreta en la realización de su oferta de manera seria y responsable, cumpliendo con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

La oferta que se presente será irrevocable, no existe la posibilidad de retiro de la misma cuando el plazo de entrega esté cerrado y se esté en la etapa de evaluación. Es decir, a partir de éste momento ya no se reciben más ofertas por parte de la entidad. La entidad hará caso omiso a la intención de retiro de la misma y continuará la evaluación de las ofertas

¹³⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., marzo siete (7) de dos mil siete (2007), No. Rad. 15.237

¹³⁷ Ley 80 de 1993 Artículo 30 numerales .5, 6)

presentadas, si aquella propuesta resulta ser la más favorable para la entidad, y por consiguiente adjudicada al proponente que la presentó, éste deberá suscribir el contrato en el término fijado en el pliego.

La ley es clara, y pretende dar certeza y seriedad al procedimiento. Es una carga para el proponente cumplir con los plazos para la presentación de su oferta, y por supuesto es una obligación para la entidad respetar dichos plazos y evaluar la propuesta presentada. Con unos plazos previamente fijados y conocidos por los contratantes, el principio de confianza legítima no se verá vulnerado, pues corrobora lo pactado en el pliego de manera coherente y esperada por los contratantes.

3.5.1 Contenido de la oferta

Las ofertas deben presentarse por escrito, en sobres cerrados y separadas las ofertas técnicas de las económicas, deben referirse a cada uno de los puntos que contengan los pliegos de condiciones. Pero de manera general las ofertas deberán contener los siguientes documentos¹³⁸:

1. El documento con la propuesta. (Con la carta de presentación de la oferta suscrita por persona facultada y avalada además por un arquitecto o ingeniero).
2. Certificado de existencia y representación legal del proponente persona jurídica o el certificado de la matrícula de la persona natural. En el caso del Consorcio o Unión temporal, el documento que acredite tal constitución
3. Certificado de inscripción, calificación y clasificación en el RUP (Registro Único de Proponentes)
4. Debe haberse constituido la garantía de seriedad de la oferta.
5. Certificación del pago de aportes de Seguridad Social y Parafiscales.
6. Compromiso anticorrupción.
7. Certificación de disponibilidad administrativa y operativa del proponente.
8. Balance General, Estado de Resultados del oferente.
9. Visita obligatoria al sitio del proyecto. Este es un requisito obligatorio, que las autoridades exigen cumplir, debido a que los proponentes tienen la carga de visitar e inspeccionar por su cuenta y riesgo los sitios en los cuales se desarrollará el proyecto y realizar las evaluaciones necesarias para la presentación de su propuesta.

3.5.1.1 Generalidades. Características.

a. Las ofertas son públicas al momento de ser entregadas para la evaluación de las mismas.¹³⁹ En este momento podemos decir que se genera una obligación por parte de la

¹³⁸ Sin embargo se recalca que cada contrato a suscribir es diferente y por lo tanto el pliego de condiciones de manera particular definirá cuáles son los documentos que se exijan.

¹³⁹ DÁVILA Op. Cit. P. 287

entidad para que revise todas y cada una de las ofertas presentadas, de lo contrario se vulneraría la confianza legítima de los oferentes, puesto que, como hemos señalado anteriormente, la conducta diligente del interesado que se concreta en la realización de su oferta conforme a los parámetros del pliego de condiciones y de su respectiva entrega oportuna, es decir en término para ser sujeta a evaluación, genera en el proponente una expectativa cierta de ser el posible adjudicatario del contrato, por lo tanto de acuerdo al elemento del principio de la confianza legítima sobre la confirmación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes, la administración está en la obligación de evaluar todas las ofertas b. Deben ser oportunas, es decir presentadas en el tiempo que señalan los pliegos, si no fuera así el interesado perdería la oportunidad de participar dentro del concurso esto como conducta diligente del interesado que lo legitima para reclamarle a la administración una incorrecta evaluación de su propuesta, a través de la vulneración al principio de la confianza legítima. c. deben ser ciertas¹⁴⁰, es decir los precios deben ajustarse a la realidad y a lo que el oferente está dispuesto a cumplir. Si una propuesta contiene precios artificialmente bajos la entidad requerirá al oferente para que explique las razones del valor ofrecido en su propuesta. El comité asesor que evalúa las ofertas recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, y explicará sus razones. Cuando se determine la continuidad de la oferta en el proceso será porque el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y porque esta no pone en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las futuras obligaciones contractuales. Si no se llegase a comprobar la realidad objetiva del precio ofrecido, el oferente tendrá que responder ante la administración.

3.6 EVALUACIÓN Y ACLARACIONES

Una vez cerrado el término para la recepción de las ofertas, la entidad se dispone a la evaluación de las mismas. Esta es una etapa sumamente importante para el proceso licitatorio, pues es a través de la verificación y comparación de las ofertas presentadas con los criterios fijados en el pliego de condiciones donde serán seleccionadas las mejores propuestas, y por consiguiente el adjudicatario del contrato.

Es en esta etapa donde se ponen a prueba todos los principios de la administración pública, y la carga recae exclusivamente en la administración, quien debe actuar de manera objetiva, cumpliendo a cabalidad sus propias exigencias plasmadas en el pliego. De lo realizado en esta etapa puede evitarse un pronunciamiento sobre la ilegalidad de un acto de adjudicación por indebida evaluación de las ofertas o conformación del orden de elegibilidad.

¹⁴⁰ Ley 80 de 1993 Art. 26 Num 6.

Las ofertas son evaluadas por un comité asesor elegido por la entidad, así lo dispone el decreto 2474 del 2008¹⁴¹, este comité es indispensable para la evaluación de las ofertas, pues se trata de la elección de personal idóneo y calificado para que pueda comparar y apreciar las diferentes ofertas presentadas para un proceso contractual. Este comité tiene la responsabilidad de llevar a cabo la labor contratada presentando una decisión a la entidad o a quien corresponda, de acuerdo con la respectiva evaluación.

La conformación de un comité imparcial y objetivo, permite la obtención de resultados más satisfactorios y reales de acuerdo a los parámetros fijados en el pliego.

3.6.1 Criterios de evaluación

3.6.1.1 Para el oferente

Antes de entrar a evaluar el contenido de la oferta, las entidades primero deben verificar aquéllos requisitos mínimos de los proponentes. Luego sí se evalúan las ofertas de acuerdo con los factores de selección y ponderación, hoy de acuerdo a lo establecido en la ley 1150, su decreto reglamentario y por supuesto en concreto, en el pliego de condiciones.

Hay unas condiciones mínimas de verificación, que son a su vez requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección y que no otorgan puntaje, estas aparecen en las exigencias de los pliegos de condiciones y son por ejemplo la capacidad de la persona jurídica¹⁴², su experiencia (la experiencia del proponente, la experiencia personal, la experiencia específica y general, la experiencia en tiempo y facturación.); su capacidad financiera, capacidad técnica y organizativa (Organización: infraestructura de personal, infraestructura física, recursos informáticos, certificados de calidad, programa de calidad).

Lo anterior, conocido como el principio del “pasa no pasa”¹⁴³, que como señalábamos en líneas anteriores, se refiere a que las condiciones del oferente no podrán ser objeto de calificación, si no de verificación, “como criterios mínimos de capacidad del oferente”¹⁴⁴. El autor Suárez Beltrán, resalta en la proporcionalidad que debe existir entre los requisitos habilitantes del oferente que se exijan en los pliegos de condiciones y la naturaleza del contrato que se piensa suscribir. Lo que se busca con este principio de selección objetiva, es permitir mayor acceso de participantes en el concurso licitatorio, con base en unas calidades mínimas exigidas, para luego sí entrar a evaluar lo que sería la oferta.¹⁴⁵

¹⁴¹ Este comité se elige de conformidad con el artículo 82 del Dec. 2474 de 2008.

¹⁴² La falta de capacidad es un requisito del oferente que no podría subsanarse, así lo establece el artículo 10 decreto 2474 de 2008.

¹⁴³ Ley 1150 de 2007 artículo 5

¹⁴⁴ SUÁREZ BELTRÁN, Pág. 62

¹⁴⁵ SUÁREZ BELTRÁN. Ibidem, Pág. 63

3.6.1.2 Para la oferta

La calificación de las ofertas debe sujetarse a los factores objetivos señalados en el pliego de condiciones¹⁴⁶. La entidad tiene la carga de definir qué se va a ponderar y cómo, esta ponderación debe ser precisa y detallada buscando la oferta más favorable para la ejecución del contrato. La ley 1150 del 2007 redefine este criterio fundamental de selección objetiva y establece en el artículo 5º que la oferta más favorable será la que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y su ponderación precisa de los mismos, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, sea la más ventajosa para la entidad. El artículo 29 de la ley 80 por el contrario establecía que la oferta más favorable sería aquella que tenía en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, y una ponderación precisa de los mismos contenida en los pliegos o en el análisis previo a la suscripción del contrato, se hacía además un cotejo de ofertas, analizando cada una de ellas de acuerdo a las condiciones del mercado, mediante la comparación de las mismas.

El decreto 2474 de 2008 señala que en los procesos de licitación la oferta más ventajosa será alguna de las siguientes opciones:

- a. La que resulte más favorable de la ponderación de elementos de calidad y precio.
- b. La que resulte más favorable de la ponderación de elementos de calidad y precio que represente la mejor relación costo beneficio, para lo que el pliego de condiciones establecerá
 1. Condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
 2. Condiciones técnicas y económicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad y de funcionamiento por ejemplo: uso de tecnología, o materiales que generen más eficiencia y rendimiento, lo anterior en el caso de ser condiciones técnicas, o en lo que respecta al tema monetario por ejemplo, la forma de pago, mayor asunción de riesgos previsibles, entre otras, en lo se refiere a las condiciones económicas.
 3. Los valores monetarios que se asignan a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, que permitan la ponderación de las ofertas presentadas.

Hay obligaciones que la confianza legítima impone a la administración¹⁴⁷, para evitar su vulneración, una de ellas se refiere a que la administración se sujeta a los actos que emita, “palabra dada”, y debe adecuar su actuación futura a lo dicho en aquellos actos que la obligan, pues está de por medio el particular como destinatario de la norma, que puede verse vulnerado en sus intereses y derechos cuando se le modifica su situación abruptamente. Para la etapa que estamos analizando es importante resaltar que los proponentes tienen esperanzas ciertas de ser elegidos como los adjudicatarios del contrato, pues fue su intención al presentar sus propuestas conforme a los parámetros dados por el acto propio de la administración como fue el pliego de condiciones. De aquí radica la

¹⁴⁶ Ley 1150 de 2007 Artículo 2 parágrafo 2 numeral 3, y artículo 5

¹⁴⁷ VIANA CLEVES, Op. Cit., p. 233

responsabilidad de la entidad de hacer un análisis juicioso respecto a cuál es la oferta más favorable para la ejecución del contrato. Puesto que de lo contrario vulneraría aquella “expectativa legítima” que tiene quien cumplía a cabalidad con las condiciones requeridas en el pliego o mejor dicho, la valoración resultante del proceso de evaluación de las ofertas.

Para la comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo- beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo beneficio, según el artículo 12 dec. 2474 de 2008, será la que resulte de la aplicación de la metodología antes transcrita con la cifra más baja.

En la sentencia del Consejo de Estado del 7 de marzo de 2007¹⁴⁸, en un proceso donde se demandó al Municipio de Tuluá por la licitación pública No. 02-SOP-95, cuyo objeto era el diseño y construcción de un puente pretensado de 30 metros de luz por 10 metros de ancho, en los pliegos de condiciones se dispuso que la adjudicación se realizaría con base en tres criterios de selección, “algunos de los cuales se descomponían en otros subfactores: Criterios financieros (60 puntos), criterios técnicos (35 puntos) y otros criterios (5 puntos).¹⁴⁹” El meollo del asunto se centró en el incumplimiento de los requisitos para la evaluación de las propuestas pues no se siguieron a cabalidad por parte del Municipio, lo que concluyó con la adjudicación del contrato a un oferente que no tenía la mejor oferta. Primero, de acuerdo a las exigencias técnicas varios de los oferentes debían haber sido rechazados, y no lo fueron, por lo anterior el cálculo para el siguiente criterio se vería alterado para la elección de la mejor oferta.

Fue claro que la omisión del Municipio acarreó una violación en el pliego de condiciones, porque no se tuvieron en cuenta los requisitos previstos en el mismo. Por lo que el Consejo de Estado confirma la sentencia del Tribunal que había declarado la nulidad del acto de adjudicación del contrato.

Esta sentencia señala además que *“los pliegos no sólo deben indicar los criterios de selección sino también la manera de acreditarlos y valorarlos, asignando los puntos - criterios de asignación de puntos o fórmulas matemáticas para hacerlo, cuando sea el caso-, para que se sepa, con certeza y objetividad, de dónde se obtiene el puntaje de cada oferta.”*¹⁵⁰

El Consejo de Estado recalca que este tipo de falencias o vacíos que resultan en los pliegos de condiciones propician la subjetividad en la evaluación de las ofertas, contrario a los postulados de la contratación estatal.

¹⁴⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera
Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., marzo siete (7) de dos mil siete (2007), No. Rad. 15.237

¹⁴⁹ Ibid. Sentencia del Consejo de Estado. No. Rad. 15.237

¹⁵⁰ Ibid. Sentencia del Consejo de Estado. No. Rad. 15.237

Los actos precontractuales de la administración que son actos propios¹⁵¹, la vinculan, de ahí que lo dispuesto por ella en el pliego de condiciones sea de obligatorio cumplimiento¹⁵². Lo anterior para no atentar contra el principio de la confianza legítima, que dice que los actos propios de la Administración y su posterior realización deben ser coherentes por motivo de la seguridad y buena fe generada al proponente que se somete y cumple con los requisitos y exigencias de un pliego que se entiende completo¹⁵³.

Si bien las adendas son aceptadas, son la excepción a la regla general que considera a los pliegos de condiciones claros, completos y serios. Pues de lo contrario, se tendría la impresión de que la entidad está improvisando al momento de abrir un proceso de selección para adjudicar un contrato, al no hacer una adecuada etapa de planeación y prever las posibles contingencias que se presentarían en la etapa precontractual y contractual.

3.6.2 Informe de evaluación

Una vez el término de evaluación llegue a su fin, la entidad emite unos informes que describe los resultados de tal evaluación. Estos informes permanecerán en la secretaría de la entidad por cinco días, para que los oferentes presenten las observaciones que tengan. La ley es clara señalando que los oferentes al momento de presentar las observaciones a los informes de evaluación, no pueden modificar en ningún sentido las propuestas.

En virtud del principio de la buena fe las entidades no pueden rechazar las solicitudes formuladas por escrito con la excusa de no contener las formalidades establecidas por la entidad para su trámite. Las entidades deben corregirlas de oficio para subsanar los defectos.

¹⁵¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008), No. Rad. 66001-23-31-000-1995-04169-01

¹⁵² El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha dicho que: *“El pliego de condiciones es el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista... Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato... el pliego determina, desde el comienzo las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.”* Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P Alíer Eduardo Hernández Enriquez, del 19 de julio de 2001. No. Rad. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

¹⁵³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. C. P: María Helena Giraldo Gómez, del 8 de junio de 2006. Rad. Num: 76001-23-31-000-1996-02716-01(15005) *“Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos (Pliegos de condiciones) no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.”*

Por el principio de transparencia, las autoridades tienen el deber de expedir copias de las actuaciones y propuestas a las personas que acrediten un interés legítimo respetando la reserva de procedimientos o privilegios que la ley otorgue¹⁵⁴, para evitar la vulneración al principio de seguridad jurídica. Lo anterior, porque una vez cerrada la licitación las ofertas se hacen públicas y adicionalmente no podrán ser modificadas.

3.7. ADJUDICACIÓN

La adjudicación se realiza mediante un acto administrativo, motivado y proferido por la entidad¹⁵⁵. Éste acto administrativo se puede hacer en la misma audiencia de adjudicación. El pliego de condiciones lo señala, y este puede ser prorrogado antes de su vencimiento y por un término no mayor al inicialmente fijado.¹⁵⁶

La notificación o comunicación de los actos es una de las obligaciones de la administración para no vulnerar el principio de la confianza legítima, puesto que es la forma en que la administración da a conocer sus actuaciones, es una herramienta fundamental para no menoscabar los derechos e intereses de los destinatarios, para que ellos también puedan actuar y en dado caso ejercer el derecho de impugnación. Es de esta forma como el interesado conoce cuáles y cuándo fueron modificadas sus situaciones frente a la administración.

Un acto sorpresivo de la administración, por ejemplo cuando pasa por alto los resultados de la evaluación de las propuestas, adjudicando mal el contrato, puede generar un vicio de ilegalidad del acto de adjudicación¹⁵⁷. Puesto que es un acto reglado¹⁵⁸, es decir, está determinado por los criterios de evaluación y escogencia que determina el pliego. Estos criterios y su forma de ponderación deben cumplirse a cabalidad, de lo contrario los proponentes podrán invocar el principio de la confianza legítima, cuando no se hayan cumplido los requerimientos del pliego de condiciones para evaluar las ofertas.

¹⁵⁴ Ley 80 de 1993 Art. 24. num. 4

¹⁵⁵ Ley 1150 del 2007 Num. 9

¹⁵⁶ Ley 80 de 1993 Art. 30 Num. 9

¹⁵⁷ Informe de Daño Antijurídico. Op.Cit Pág. 23

¹⁵⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. C. P Alíer Eduardo Hernández Enriquez, del 1 de marzo de dos mil seis 2006 No. Rad. 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576)

3.7.1 Audiencia de adjudicación ¹⁵⁹

La adjudicación deberá realizarse en audiencia pública, donde participarán además del jefe de la entidad o el delegado para el caso, los demás proponentes e interesados en asistir. La audiencia en la ley 80 señalaba que el acto de adjudicación podría realizarse mediante resolución motivada o en audiencia pública, esta última era optativa por parte de la entidad o por solicitud del Ministerio Público. Si se hacía mediante resolución motivada, se le notificaba personalmente al proponente favorecido. Si no se realizaba en audiencia pública se le comunicaba a los no favorecidos dentro de los cinco días siguientes.

La obligatoriedad de que la audiencia de adjudicación sea pública garantiza la transparencia de las decisiones oficiales, en atención a la importancia de las obras que se contratan, *“a la magnitud usualmente cuantiosa de los recursos en ellas comprometidos y al significativo poder corruptor que estas decisiones pueden entrañar, a propósito de las relaciones existentes entre las ramas del poder público, los órganos de control y la ciudadanía misma.”*¹⁶⁰

3.7.1.1 Informe de Evaluación

En la audiencia de adjudicación y previo a la decisión de adjudicación los interesados pueden pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad a las observaciones realizadas a los informes de evaluación.

El Artículo 15 del decreto 2474 de 2008 establece la posibilidad de que la audiencia sea suspendida en el caso en que la entidad lo considere necesario cuando hayan factores, producto del pronunciamiento de los interesados sobre la respuesta dada por la entidad a las observaciones, que podrían incidir en la decisión de adjudicación y que por lo tanto requieran ser analizados.

3.7.1.2 Orden de elegibilidad

El orden de elegibilidad resulta de la evaluación y valoración de cada una de las ofertas presentadas, requiere un seguimiento objetivo de lo dispuesto en el pliego de condiciones para evitar la nulidad del acto de adjudicación, como dijimos en líneas anteriores, los criterios para determinar el orden de elegibilidad deben ser objetivos, claros y completos, para que no se presenten, elecciones subjetivas o que tengan un amplio margen de error, pues es aquí donde es clara la violación al pliego de condiciones. En la medida en que no se respeten a cabalidad los parámetros objetivos para la evaluación de las ofertas, acarrea una

¹⁵⁹ Ley 1150 de 2008 y Artículo 15 del Decreto 2474 de 2008

¹⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-380 de 2008. M.P Nilson Pinilla Pinilla. En la cual se declara la exequibilidad del aparte del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007 , sobre la obligatoriedad de la audiencia pública de adjudicación.

violación a la confianza legítima, pues como lo hemos venido resaltando a lo largo de este texto, se estaría incumpliendo elementos de este principio tales como la existencia de una palabra dada, que se concreta en el pliego de condiciones definitivo, y medio por el cual los oferentes basaron sus ofertas.

El orden de elegibilidad resulta de:

1. La aplicación del cumplimiento de los requisitos de orden jurídico y técnico y,
2. De la aplicación de la medida geométrica conforme a lo dispuesto en el pliego de condiciones. Se realiza con las ofertas que obtuvieron la calificación de admisible en los criterios de evaluación y se denominaron válidas.

3.7.1.3 Acto de adjudicación

El acto de adjudicación es un acto administrativo que profiere la entidad mediante el cual se designa al oferente escogido. A partir de ese momento se convierte en el adjudicatario, es decir el futuro suscriptor del contrato.

Conforme al principio de la confianza legítima en lo relativo al elemento de la existencia de una palabra dada, el acto de adjudicación no debe estar sujeto a ningún tipo de condición, como tampoco la oferta ya que es una actuación reglada, que aunque tenga cierto grado de discrecionalidad debe estar motivada; en la motivación deben plasmarse los motivos que llevaron a la entidad a escoger tal oferta como la mejor, para que no se presenten conflictos con los demás proponentes. De esta manera se concreta el deber de confirmar a través de sus actos la palabra dada en el pliego de condiciones, y esto se concreta en la obligación de expedir un acto de adjudicación conforme a los lineamientos dispuestos en el pliego, lo anterior para no atentar con la buena fe de los oferentes y por supuesto su confianza legítima.

Si un proponente quiere demandar el acto de adjudicación debe demostrar que fue ilegal y que su propuesta era la más favorable.¹⁶¹ Dependiendo de si el contrato ya se ha suscrito o no se intentará una acción de nulidad o nulidad y restablecimiento o una acción de controversias contractuales, con el objeto de anular el acto de adjudicación.¹⁶²

El término de adjudicación es de obligatorio cumplimiento. Si la entidad ha sobrepasado el término dispuesto para la misma no podrá hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta¹⁶³, en los casos en los que el adjudicatario no suscriba el contrato, ya sea porque

¹⁶¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejero Ponente: Myriam guerrero de escobar, Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008), No. Rad. 66001 -23-31-000-1995-04169-01 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación No. 250002326000199400449 01

¹⁶² Consejo de Estado, radicación 10704 del 21 de abril del 1997 Op. Cit.

¹⁶³ DÁVILA, Op. Cit Pág. 286

pudo haber perdido el interés en la ejecución del mismo por resultar excesivamente oneroso. En este sentido la confianza legítima del adjudicatario se vería vulnerada, pues ese derecho que adquirió para ser el ejecutor del contrato, se menoscaba en la extemporaneidad del término para la suscripción del mismo, porque entre otras razones puede resultar más costoso al contratista ejecutar un contrato, en donde las variables tanto técnicas como financieras y económicas pueden haber cambiado. Lo que la mayoría de las veces genera demandas contra Estado para que restablezca el equilibrio económico del contrato.¹⁶⁴

Respecto a la revocatoria del acto de adjudicación la ley 1150 del 2007 señala que en principio el acto de adjudicación es irrevocable, pero hay dos excepciones si logran demostrarse: a. En el caso de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. b. Cuando se han presentado medios ilegales para obtener la adjudicación del contrato.

En estos casos aplicará el artículo 30 numeral 12 que señala en calidad de sanción, que en estos casos la entidad hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta sin menoscabo de las acciones legales por los perjuicios causados y no cubiertos por la garantía.

3.8 DECLARATORIA DE DESIERTA

La ley 80 señala que la declaratoria de desierta puede darse dentro del término de la adjudicación¹⁶⁵, que empieza a correr el día siguiente en el que ha vencido el término de permanencia de información de la evaluación de las propuestas en la secretaría de la entidad.

La declaratoria de desierta de la licitación solo procede por motivos que impidan la escogencia objetiva¹⁶⁶. La ley no definió cuáles supuestos impiden la escogencia objetiva¹⁶⁷, pero se ha entendido, y así se ha descrito en este trabajo, que se puede dar

¹⁶⁴ La siguiente sentencia y laudo se refieren al tema de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por la demora en la suscripción del mismo: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P: Carlos Betancur Jaramillo 13 de febrero de 1992, No. 6759.- Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá 10/10/1997. Árbitro: Carlos Enrique Marín Vélez (presidente), Rafael Baquero Herrera y Carlos Enrique Campillo Parra "Demandante: Ferrovías, Demandado: Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Conciviles S.A."

¹⁶⁵ Ley 80 de 1993, Art. 30 Num.9

¹⁶⁶ Ley 80 de 1993, Art. 25 Num.18

¹⁶⁷ La jurisprudencia señala que este es un concepto jurídico indeterminado: "...los motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, podría conducir a pensar que el legislador utilizó un concepto indeterminado y genérico que requeriría ser precisado por el operador jurídico, en tanto la ley no entró a definir tales supuestos". Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, del 24 de junio de 2004. No. Rad. 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235)DM

porque hayan existido acuerdos entre proponentes para manejar artificialmente la adjudicación, cuando las propuestas contengan precios artificialmente bajos o desproporcionales, o cuando las razones del objeto a contratar han desaparecido.

El legislador de 1993 eliminó el requisito que exigía la obligatoriedad en la concurrencia de varias propuestas en el proceso de selección,¹⁶⁸ como motivo para una declaratoria de desierta. Por lo que hoy basta que haya una sola oferta, que cumpla con los criterios de selección objetiva y los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones, para que sea obligatoriamente evaluada por la entidad, y posteriormente seleccionada para ser su proponente el adjudicatario del contrato.

El artículo 24 de la ley 80 de 1993 que desarrolla el principio de transparencia, señala que a partir de los pliegos de condiciones con reglas justas, claras y completas se evita una declaratoria de desierta pues se asegura una escogencia objetiva. Y esta es una de las razones por las cuales el proponente afectado por una declaratoria de desierta puede invocar la vulneración del principio de confianza legítima, puesto que tal declaratoria implicaría la pérdida total de la expectativa que se había formado desde que conoció los pliegos de condiciones definitivos, ya que este hecho fundamentó la elaboración de su oferta, por lo que espera que la administración cumpla con su deber de evaluar objetivamente, seleccionar la mejor propuesta y elegir al adjudicatario del contrato. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“...no lo es menos que a la entidad licitante le está vedado introducir modificaciones en orden a cambiar radicalmente uno de los factores de evaluación, el precio, y determinar que se aplicaría la media geométrica, para así acudir al expediente de la declaratoria de desierta, alegando que todas las propuestas superaron el presupuesto oficial..”

“no resulta admisible - una vez hecha la invitación a contratar - alterar o modificar el pliego de condiciones - dentro del plazo de la licitación - en lo que hace a las reglas que rigen el procedimiento de selección del contratista y mucho menos, valerse de dicha enmienda, a todas luces ilegal, para declarar desierta la licitación, situación que únicamente puede tener lugar cuando se presenten verdaderos motivos que impidan la escogencia objetiva, evento que no se presenta cuando la Administración acude en forma ilegal a modificar aspecto intangible del pliego”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Ibid. Decreto ley 222 de 1983, mencionado por la Sentencia del Consejo de Estado, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, del 24 de junio de 2004.

¹⁶⁹ Sentencia del Consejo de Estado. Consejero Ponente: María Helena Giraldo Gómez, Bogotá D.C., 8 de junio de 2006. Op. Cit..

CONCLUSIONES

Con la Constitución Política de 1991, a través de la cual se le dio mayor importancia a temas como la presunción de buena fe y el principio de la seguridad jurídica, puede hablarse de la confianza legítima por la constitucionalización indirecta de la misma, al cual se recurre para proteger expectativas legítimas ante cambios abruptos en las decisiones de la Administración, respetándose así la confianza que el proponente ha puesto en la entidad, sobretodo en la coherencia de sus actuaciones, la cual no puede ser desconocida porque sí, cuando de por medio existe la convicción objetiva, a partir de la publicación del pliego de condiciones, de que una decisión se mantendrá en el tiempo, si no es así éstas deben ser comunicadas a tiempo para que los oferentes pueden adaptarse a esas nuevas decisiones.

El Consejo de Estado desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991, ha tenido presente las conductas realizadas de buena fe, dichas conductas no las han tenido en cuenta únicamente para valorar el comportamiento de particulares, sino también para valorar los comportamientos del Estado dentro de las relaciones contractuales y extracontractuales. El principio de confianza legítima conduce a que no resulta ajustado a la ley dentro de los procesos de selección de contratistas, desamparar al proponente que sostiene una relación jurídica con la administración desde que se publican los pliegos definitivos, y que a su vez, ha desempeñado ciertas actividades que implican una palabra dada, es decir que el particular pueda creer de forma inequívoca en ella, en su contenido y en su vigencia temporal, configurándose así, expectativas legítimas en cabeza de los oferentes.

En este sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente este principio a través de su jurisprudencia por más de dieciocho años, a veces es dispar en cuanto a su concepción, pero coincide en afirmar que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. Es decir que la Administración no puede crear condiciones de inestabilidad dentro de las relaciones jurídicas que se han configurado, ya que se ha generado un ambiente de confianza que no puede ser desconocido por decisiones intempestivas, que modifiquen las situaciones de las partes que configuren la relación jurídica, generándoles así unos perjuicios. En todo caso, respecto a la protección de los intereses vulnerados, el operador jurídico debe hacer una ponderación de los mismos, para dictar una sentencia justa acorde a la necesidad de proteger o no una situación o un derecho vulnerado.

Si va haber algún tipo de modificación legislativa, administrativa o judicial, que afecte al destinatario de dicho acto, debe dársele un tiempo prudencial para que él se adapte a su nueva situación sin que llegue a soportar ningún tipo de perjuicio por la toma de la misma.

El principio de confianza legítima que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, pretende proteger al administrado frente a cambios que sean intempestivos y arbitrarios realizados por la Administración, por consiguiente, se trata de casos dentro de los cuales si la persona considera que tiene razones objetivas para confiar en que la situación impuesta por la administración tiene el carácter de perdurar en el tiempo como lo son los pliegos de condiciones, y que un cambio inesperado alteraría de manera notoria su situación en materia económica y patrimonial, el principio de confianza legítima protegería este tipo de situaciones.

Es claro que no toda expectativa genera una protección a través del principio de confianza legítima, la expectativa debe tener cierta forma que le permita llegar a suponer al proponente que está dentro del camino indicado para que se consolide un derecho en cabeza de él, el principio de confianza legítima no es un principio absoluto, y por tanto deben respetarse sus límites. La forma que debe adquirir la expectativa surge de las manifestaciones externas que la administración realice al llevar al proponente o beneficiario a creer que en cabeza de él se está consolidando un derecho, y esto se concreta desde la publicación del pliego de condiciones que es el momento por medio del cual el proponente conoce cuáles son los parámetros para elaborar su oferta y espera que cumpliendo con ello pueda presentar su oferta a la entidad, y ésta a su vez la revise y la evalúe conforme a los criterios por ella misma fijados.

Es por lo anterior, que a partir de la publicación del pliego de condiciones se genera una relación jurídica precontractual, entre la entidad contratante y los proponentes que desean presentar sus ofertas y participar en el proceso que culminará con la elección de un adjudicatario. Etapa que está provista de etapas y reglas que se deben surtir para no vulnerar ningún tipo de intereses de las partes. La nueva regulación para la contratación dispone de unos momentos para crear ambientes de participación y diálogo entre los contratantes, y de esta forma intentar prever los posibles conflictos que puedan surgir o intentar enmendar errores que se puedan presentar.

Lo que se busca es generar una conciencia en la Administración en el cumplimiento de unos compromisos y obligaciones que a través de la manifestación de su voluntad ha adquirido y debe cumplir, para evitar menoscabo a los intereses de quienes son sus colaboradores para la consecución de sus fines. Se intenta a través del principio de confianza legítima y otros relacionados como el de seguridad jurídica y de buena fe, evitar conflictos y pleitos que declaren la responsabilidad del Estado. Ya que esto genera malestar, inseguridad y desconfianza en los destinatarios de las normas que son finalmente el sentido del actuar de la administración.

Consideramos que hay ciertos comportamientos de la Administración que pueden evitar detrimentos a los intereses de los destinatarios de sus normas, esto son por ejemplo, el comunicar o la debida notificación de los actos de manera apropiada y conforme a la ley para dar a conocer la voluntad de la administración y la de fijar plazos prudentes y suficientes para que los contratantes adecuen la realización de sus actos. Los proponentes por otro lado, tienen el derecho de exigirle a la administración la sujeción a los

procedimientos jurídicos establecidos con el fin de garantizar los derechos de los proponentes en los procesos de licitación, también tienen derecho a que la Administración respete la garantía de reserva de la información que ellos aportan para el cumplimiento de requisitos que se les obliga a cumplir.

Finalmente, en cuanto a los elementos propios del principio de confianza legítima, cabe hacer un recuento de lo que a nuestro parecer, dentro de la etapa precontractual en lo que se refiere a la etapa de planeación y construcción de los pliegos, y dentro de la etapa de presentación, evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato, se concretarían tales elementos. Como primera medida tenemos la existencia de una relación jurídica particular que se genera entre cada uno de los oferentes y la Administración, a través de la publicación del pliego de condiciones como elemento rector de la etapa precontractual y contractual del proceso. A partir de ahí surge la carga del proponente de elaborar su oferta de manera completa y real, para que de esta forma pueda ser evaluada por la entidad, que tiene la obligación de revisar todas y cada una de las ofertas que se le presentan, conforme a los parámetros previamente fijados por ella en el pliego de condiciones.

Respecto al segundo elemento, sobre la existencia de una palabra dada, cabe señalar que se trata del pliego de condiciones, acto administrativo de carácter general que contiene los parámetros y reglas de juego que los oferentes y la entidad deben respetar y cumplir a cabalidad, para no vulnerar el principio de confianza legítima respecto de las actuaciones que realicen las partes. En caso tal en que se hagan modificaciones al pliego de condiciones a través de adendas, éstas deben ser correctamente publicadas para que los oferentes en igualdad de condiciones conozcan cuáles son los nuevos parámetros a los cuales deberán sujetarse para la realización de las ofertas. No podrían modificarse temas sustanciales como los criterios de selección objetiva, y mucho menos en la etapa donde se evalúan cada una de ellas. En este punto nos podemos referir a la circunstancia de que la etapa precontractual está sometida a unos términos preclusivos y perentorios en virtud del cual, se intenta generar seguridad jurídica a los proponentes ya que ellos saben con anterioridad a qué sujetarse dentro del proceso de selección, consideramos que este es un mecanismo de garantía a las expectativas legítimas en cabeza de los oferentes.

El tercer elemento del principio de la confianza legítima indica que debe haber una confirmación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes, en este sentido, conforme a lo explicado en líneas anteriores, se espera de la Administración una actuación conforme a los lineamientos que ella misma estableció. De esta forma, no se puede permitir la existencia de cambios abruptos e intempestivos, que sorprendan a los oferentes en perjuicio de sus intereses. De esta forma, se concretará en una adjudicación imparcial y objetiva en la medida en que se respeten los criterios formulados en el pliego para la selección del proponente.

El cuarto de los elementos del principio de la confianza legítima se refiere, a la actuación diligente que se espera de los interesados en participar en el concurso licitatorio, se busca que los proponentes participen de manera activa en las oportunidades que se les asigna para que formulen comentarios y observaciones a los pliegos de condiciones. Igualmente se

busca que los proponentes actúen de forma sagaz, las actuaciones de los administrados deben estar dotadas de diligencia y prudencia ya que un comportamiento considerado como ingenuo o negligente puede generar responsabilidad a cargo del proponente, incluso podrá perder la protección de ciertos derechos que solo son respetados y garantizados cuando el administrado cumple la carga de diligencia y sus actuaciones no son culposas.

Por consiguiente, los pliegos de condiciones establecen obligaciones recíprocas; los administrados deben cumplir con los requerimientos establecidos dentro del pliego de condiciones para presentar sus propuestas. Igualmente surgen obligaciones por parte de la entidad pública, dentro de las cuales se encuentra la de revisar todas las propuestas que le son presentadas y que se ajustan a los criterios de evaluación y ponderación fijados en los pliegos de condiciones, así mismo está el deber de la entidad pública de contestar todas las peticiones que le sean formuladas en el transcurso de esa etapa precontractual para selección del proponente.

Concluimos entonces que el principio de confianza legítima se vulneraría si el pliego de condiciones que es considerado como el elemento que configura las reglas de juego del proceso de selección no es elaborado con la debida planeación, cuidado y seriedad que se requiere, presentándose así situaciones jurídicas inestables, ya que se pueden presentar cambios sustanciales que afecten los intereses de las partes por no tener una base sólida que soporte el marco regulatorio de su relación jurídica. Una vez sean afectados los intereses de las partes, se podrá invocar el principio de confianza legítima para que proteja las expectativas que les ha generado a los proponentes un pliego que fundamentó su actuar y que se espera sea mantenido por la administración mediante un actuar armónico y coherente.

La utilidad práctica de este trabajo es el reconocimiento de un mecanismo de protección al proponente cuando sus expectativas legítimas pueden verse vulneradas por cambios intempestivos o sustanciales al pliego de condiciones, dentro de la etapa precontractual del proceso de licitación pública. Por esto podemos decir, que el proponente podrá buscar la protección de sus expectativas legítimas vía acción de tutela, sustentado en la vulneración a su derecho fundamental al debido proceso sobre la base de un desconocimiento al principio de confianza legítima. Con lo anterior, se busca que la entidad revoque los actos que atenten contra las expectativas legítimas de los proponentes dentro del proceso de selección, por ejemplo cuando hay adendas modificatorias del objeto del futuro contrato, o cuando hay modificaciones referentes a los criterios de selección objetiva o de ponderación de las ofertas.

BIBLIOGRAFÍA

CLEVES VIANA, María José. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Revisión de concepto emitido por la Creg. En la Página web:

http://www.creg.gov.co/html/i_portals/index.php?p_origin=internal&p_name=content&p_id=MI-89&p_options=domino.creg.gov.co/PUBLICAC.NSF/Indice01/Conceptos.Creg-1999-C990014. Página consultada el 24 de marzo de 2009.

DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Segunda Edición. Legis, 2001.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN- DNP-DIE-GENIF MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Documento Conpes 3107. Política y Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. Bogotá, abril 3 de 2001. En la página web: www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3107.pdf Página consultada el 19 de mayo de 2009.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN- DNP-. Informe sobre Daño Antijurídico.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN- DNP-. Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Pública Contractual de diciembre de 2004, www.contratos.gov.co/Archivos/MANUAL_BUENAS_PRACTICAS.pdf - Página consultada el 19 de Mayo de 2009)

DÍAZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo, T. I, Editorial Plus Ultra, 1997.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Primera Edición. Legis, 1999.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad Contractual de la Administración pública. Ed. Temis: Bogotá, 1989.

FRÜHLING, Michael. Seguridad democrática y Derechos Humanos. Del 23 de febrero del 2003. Ponencia del Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=16&cat=24> Página consultada el 23 de marzo de 2009.

GARCÍA MELIÁN, Juan Carlos. El Principio de Confianza Legítima y la Administración. Fecha: 18 de febrero de 2006. En la Página web: www.eldia.es/2006-02-18/vivir/vivir4.htm. Página consultada el 13 de febrero de 2009.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan José. Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo. Fecha: Abril 2005. En la Página web: noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html. Página consultada el 13 de febrero de 2009

MUTIS VANEGAS Andrés Y QUINTERO MÚNERA Andrés. La contratación Estatal: Análisis y Perspectivas Ed. 1a Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1981.

PINO, Jorge. EL Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia, 2005.

REYES YUNIS, Laura. Ley de Contratación Administrativa: Reforma a la Contratación Estatal. Edición: La Ed. Publicación: Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

RONDÓN, Hidalgar. El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano. En la Página web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconfianza-legitima - Página consultada el 13 de febrero de 2009.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida. Primera Edición: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SANZ RUBIALES Iñigo. El Principio de Confianza Legítima, Limitados del Poder Normativo Comunitario. En la página web: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_007_091.pdf p.9 Página consultada el 13 de Febrero de 2009.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. 2. Ed. Ediciones Librería del Profesional, 1997.

SUÁREZ, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Primera Edición, Legis, 2007

SUÁREZ, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Primera Edición, Legis, 2009.

U. BECCIA, L. BIBLIAZZI GERI, U. NATOLI y F. BUSNELLI. Derecho Civil, Vol I, F HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

SENTENCIAS del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y Laudos Arbitrales

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 1 de Abril del 2009.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., 30 de julio de 2008. Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá D.C., 4 de junio de 2008. Radicación No. 250002326000199400449 01

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C., 4 de junio de 2008, Radicación No. 66001 -23-31-000-1995-04169-01

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Estela Correa Palacios. Bogotá D.C., 3 de diciembre de 2007.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 7 de junio de 2007. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., 7 de marzo de 2007. Radicación No. 15.237

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., 26 de abril de 2006. Radicación No. 6001-23-31-000-1997-03637-01(16041)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente No. 14.287.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Bogotá D.C., 1 de marzo de 2006. Radicado No. 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: María Helena Giraldo Gómez, Bogotá D.C., 8 de junio de 2006. Radicado No. 76001-23-31-000-1996-02716-01(15005)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 16 de agosto de 2006. Expediente No. 15162.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, del 24 de junio de 2004. No. Rad. 25000-23-26-
000-1994-0042-01(15235)DM

Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, del 21 de mayo de 2002. No. Rad.
11001-03-15-000-2002-0042-01(PI-039)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández. Bogotá D.C., 21 de noviembre de 2002.
Radicado No. 2175

Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, del 21 de mayo de 2002. No. Rad.
11001-03-15-000-2002-0042-01(PI-039)

Sentencia del Consejo de Estado la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera.
Consejera ponente: María Helena Giraldo Gómez, del 25 de enero de 2001. no. rad. 9672

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Bogotá D.C., 19 de julio de 2001.
Radicado No. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2001.
Radicación No. 12853.

Sentencia del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente:
Ricardo Hernando Monroy Church. Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2001. Radicación
No. 1373

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.
Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 3 de febrero de 2000. Expediente.
10399.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez. Bogotá D.C., 29 de enero de 1998, Expediente 11099.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 6 de marzo de 1997. Radicación No. 100387.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá D.C., 22 de junio de 1996. Radicación No.10313.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá D.C., 13 de mayo de 1996, Radicación No. 8859.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández. Bogotá D.C., 9 de mayo de 1996. Radicación No. 10151.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo. Bogotá D.C., 22 de abril de 1996.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá D.C., 6 de septiembre de 1995. Radicación No. 7625.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Bogotá D.C., 30 de mayo de 1995.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Bogotá D.C., 4 de noviembre de 1994. Radicación No. 7988.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P: Carlos Betancur Jaramillo 13 de febrero de 1992, No. 6759

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: julio César Uribe Acosta. Bogotá D.C., 19 de febrero de 1987.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá D.C., 23 de febrero de 1984.

Corte Constitucional. Sentencia C-380 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia C- 131 del 2004. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia T – 642 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes

Corte Constitucional. Sentencia T-980 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre

Corte Constitucional .Sentencia T-366 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza

Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-084 del 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia T-295 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999 Magistrado Sustanciador: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998. Presidente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional. Sentencia T – 398 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia T-469 de 1992,. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 28 de agosto de 2002, Árbitros: María Cristina Morales de Barrios (presidente), César Gómez Estrada, José Alejandro Bonivento

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 03 de abril de 2002, Árbitros: Alfredo Vásquez Villarreal (presidente), Camilo González Chaparro, Jorge Luis Chalela Mantilla

Laudo del 24 de agosto 2001, Árbitros: Marcela Monroy Torres (presidente), Daniel Suárez Hernández, Sergio Rodríguez Azuero,

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 18 de diciembre de 2000, Árbitros: Saúl Sotomonte Sotomonte (presidente), Juan Carlos Henao Pérez y Daniel Suárez Hernández.

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 12 de noviembre 1999, Árbitros: Bernardo Carreño Varela (presidente), José A. Lema Villegas y Alirio Gómez Lobo.

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, 14 de mayo de 1999, Árbitros: Adelaida Angel Zea (presidente), Pilar Salazar Camacho y Jaime Vidal Perdomo

Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 10 de octubre de 1997. Árbitros: Carlos Enrique Marín Vélez (presidente), Rafael Baquero Herrera y Carlos Enrique Campillo Parra "Demandante: Ferrovías, Demandado: Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Conciviles S.A."

Normatividad

- Constitución Política de Colombia
- Ley 80 de 1993
- Decreto 2179 de 2002
- Ley 1150 de 2007
- Decreto 2474 de 2008
- Código Civil Colombiano
- Código de Comercio Colombiano