**LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL
CONTRATO ESTATAL Y LA OBLIGATORIEDAD DE LAS ACLARACIONES AL
PLIEGO DE CONDICIONES.**

Martín Eduardo Rátiva Puentes

Septiembre de 2018

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

TUTOR: Doctor Germán Lozano Villegas

Tabla de Contenidos

Artículo I. La Doctrina de los Actos Propios como Manifestación del Principio de Buena Fe en la Interpretación del Contrato Estatal en Colombia.....	4
I. Introducción.....	5
II. La Buena Fe y sus Funciones.....	6
2.1 Función Integradora.....	10
2.2 Función Interpretativa.....	13
III. La Doctrina de los Actos Propios como Manifestación de la Buena Fe.....	15
3.1 Del Concepto de la Doctrina del Acto Propio.....	17
3.2 Requisitos de Aplicación de la Doctrina del Acto Propio.....	20
(i) Una conducta jurídicamente eficaz.....	21
(ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que contradice palmariamente la conducta inicial.....	24
(iii) Identidad de los sujetos.....	25
3.3 Límites a la Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios.....	26
3.4 Consecuencias jurídicas ante la aplicación de la Doctrina.....	29
3.5 Críticas a la Doctrina.....	30
IV. La Interpretación de los Contratos.....	32
V. Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios en la Interpretación del Contrato Estatal.....	36
VI. Conclusiones.....	39
VII. Lista de Referencias.....	40
Artículo II. Las Aclaraciones al Pliego de Condiciones, como Criterio Obligatorio de Interpretación de los Contratos Estatales.....	48

I. Introducción.....	49
II. La Carga de Claridad y las Observaciones al Pliego de Condiciones.....	50
III. Análisis de la Materia en el Derecho Privado.....	56
IV. La Buena Fe, la Doctrina del Acto Propio y la Interpretación del Contrato.....	60
V. Solución a la Cuestión Planteada.....	67
VI. Conclusiones.....	69
VII. Lista de Referencias.....	71

Artículo I: La Doctrina de los Actos Propios como Manifestación del Principio De Buena Fe en la Interpretación del Contrato Estatal en Colombia.

Resumen

La buena fe, además de ser un principio general del derecho que cumple funciones de integración, interpretación y corrección de las normas jurídicas y de los contratos, constituye un mandato constitucional y legal tanto para los particulares como para el Estado. De la buena fe, emanan reglas jurídicas (algunas consideradas como subprincipios) tales como la confianza legítima y la doctrina de los actos propios. La Ley 80 de 1993, en su artículo 28, obliga al operador jurídico a considerar la buena fe como parámetro de interpretación del contrato estatal; esto hace que la Doctrina de los Actos Propios resulte aplicable a la interpretación del instrumento contractual público, para lo cual en cada caso deberán analizarse los supuestos de aplicación de la doctrina que es subsidiaria, y cuyos efectos se traduce en la invalidez de todas las conductas incoherentes de cualquier de las partes del contrato, que atenten en contra de la confianza que legítimamente se ha generado a la contraparte.

Palabras clave: Principio de la Buena Fe, Doctrina de los Actos Propios, Interpretación del contrato Estatal.

I. Introducción

En un derecho impregnado aún por una concepción formalista del derecho¹, poca atención se le presta en algunas ocasiones, al postulado establecido en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, el cual incluye de forma expresa y como criterio principal de interpretación del contrato estatal en todas sus fases, un concepto tan general y abstracto como la buena fe.

Este precepto implica una vinculación formal al contrato estatal, no sólo de las funciones interpretativa, integradora y correctiva de la buena fe sino también de aquellos conceptos derivados de la misma, entre los que se encuentran los deberes colaterales de conducta², la confianza legítima y la doctrina de los actos propios.

Teniendo como base lo anterior, nos hemos planteado como problema de investigación determinar el alcance que la Doctrina del Acto Propio como manifestación de la Buena Fe, tiene en materia de interpretación del contrato estatal y como la misma se manifiesta en el caso particular de las aclaraciones que la entidad pública da a los interesados durante el proceso de selección respectivo.

Para el efecto nos hemos planteado como objetivos específicos examinar el alcance y aplicación de los principios de buena fe y de la Doctrina del Acto Propio como criterios de interpretación del Contrato Estatal, para a su vez determinar en aplicación de estos conceptos, si

¹ En virtud de la cual se afirma que el *Derecho es un sistema de normas que se manifiesta a través de las leyes, las sentencias emanadas de los tribunales, los actos de los particulares*” (Martínez, 2006, p. 7) es decir en donde se da prevalencia al precepto legal como fuente de derecho.

² Postulados que la doctrina ha establecido como deberes suplementarios a los principales previstos en la ley y en el mismo contrato, derivados de la buena fe, tales como información, custodia, colaboración. (Lorenzetti, 2001, p. 21)

las aclaraciones dadas por una entidad pública en el marco de un proceso de selección, resultan o no obligatorias para la misma en caso de una controversia de interpretación del texto contractual.

El resultado de los análisis realizados durante la investigación se ha condensado en dos artículos de investigación, el primero de los cuales expone la conceptualización, alcance, funciones y límites de la Buena Fe, la Doctrina del Acto Propio y la interpretación del contrato estatal a efectos de concluir como las dos primeras han de ser aplicadas a la hermenéutica del contrato y el segundo, partiendo de dicha conceptualización, busca determinar, en el marco de los deberes de claridad, transparencia e información de las Partes, si las aclaraciones dadas durante el proceso de selección, constituyen un acto propio exigible a la Entidad contratante. Así pues, este primer artículo pretende analizar las condiciones en las cuales es posible utilizar la buena fe y su manifestación concreta, doctrina de los actos propios, como criterios de interpretación del contrato estatal, con los límites que la doctrina ha definido en la aplicación de las mismas.

II. La Buena Fe y sus Funciones

Para entender el alcance de la buena fe como criterio de interpretación del contrato estatal, conviene en primera medida entender el alcance de su concepto y sus funciones.

Al respecto, se ha considerado por parte de la doctrina que un elemento esencial de la buena fe es su propia indefinición, enmarcada por conceptos abstractos y generales como la equidad, la lealtad o la confianza (Eyzaguirre y Rodriguez, 2013, p. 140). Es así como de la buena fe se han extraído doctrinas de diversa índole y alcance que comportan la configuración de deberes

negativos, que prohíben conductas³, como de deberes positivos que implican promover la mutua colaboración y lealtad⁴, y por tanto la buena fe se considera como una norma abierta o concepto indefinido cuyo contenido se determina, por los Jueces, por su materialización en cada época y en cada caso concreto. (Ordoqui, 2011, p. 215) (Pájaro, 2013, p. 9)

Pues bien, para efectos de este escrito debemos decir que la Bona Fides (Barberia, 2009, p. 26) o buena fe, en su concepción general, es entendida como el deber de actuar con fidelidad, lealtad y diligentemente. Es la rectitud, honradez o convicción que tiene una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo (Casado, 2009, p. 128).

En Colombia, ha sido vinculada al ordenamiento jurídico mediante un postulado constitucional (Artículo 83 Constitución Política), norma que prevé una presunción en las gestiones que los particulares adelantes ante las autoridades públicas⁵. Así mismo se ha vinculado en normas legales (artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil)

En materia contractual se ha dicho que la Buena Fe se presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante toda la vida del negocio, expandiendo su aplicación incluso a las etapas preparatorias o preliminares del contrato (Gillet, 2015, p 89). ⁶.

³ Como por ejemplo la prohibición de ir en contra de los actos propios, el retraso desleal en el ejercicio de un derecho o el abuso de la posición dominante. (Tomillo y Gozalo, 2009, p, 982)

⁴ Tales como el deber de diligencia, de colaboración, de solidaridad y de cooperación en interés ajeno (Benítez, 2013, p. 155) y los denominados deberes colaterales de conducta. (Lorenzetti, 2001, p. 31)

⁵ El jurista español Gonzales (1983), señala la importancia del principio de la buena fe en el derecho administrativo, precisamente para establecer la mutua confianza entre las relaciones de los administrados y la administración, respecto de las cuales, a su juicio, existe un gran recelo, ante la actitud de subordinación que se ha causado en dichas relaciones.

⁶ La autora Peruana Zusman (2005), expone algunas críticas que ha presentado la doctrina internacional a la vinculación de la buena fe como regla contractual, pues se considera que la misma va en contra de la naturaleza individualista y confrontacional del contrato en materia de derecho privado. Sin embargo, como expone la mencionada jurista, en la medida en que la exigencia de la buena fe es aplicable a las dos partes del contrato las mismas se encuentran en una situación equivalente y resulta más beneficioso para el tráfico jurídico ver el contrato desde un modelo altruista pues con esto se limitan situaciones de abuso e injusticia entre los contratantes. Ahora bien personalmente consideramos que en materia contractual pública resulta más que evidente la necesidad de aplicar la buena fe al contrato por la finalidad misma que busca dicha contratación.

Este principio, es concebido por parte de la doctrina como un principio unitario aunque funcione de diversa manera (Ferreira, 1984, p. 92) pues “No puede pretenderse que pueda haber una buena fe creencia sin una conducta conforme a la buena fe. Y por lo mismo, cada vez que falte una de las dos facetas, algo faltará en el concepto.” (Valés, 2012, p. 104).

Sin embargo, la mayoría de autores la concibe como un concepto dual, por un lado bajo una perspectiva subjetiva y por el otro bajo una perspectiva objetiva. (Valés, 2012, p. 109)

Se ha dicho que la buena fe subjetiva es “la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido” (Bernal, 2010, p. 259 - 260).

Por su parte la buena fe objetiva es concebida como “regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado.” (Neme, 2009, p. 48-49).

En suma y como advierte Monsalve (2010) la buena fe objetiva “extiende o aplica una regla de conducta” mientras que la subjetiva “facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta” (p. 124)⁷

Pues bien, para el caso que nos ocupa en análisis, es la buena objetiva la que resulta relevante, pues como indica Hurtado (2015, p. 39) es ésta la que se estudia en el campo de las relaciones contractuales.

Es además la que recoge el legislador en la Ley 80 de 1993 Art. 28, al establecer como criterio de interpretación del contrato estatal, los mandatos de la buena fe, poniendo por un lado,

⁷ El Consejo de Estado ha adoptado la concepción subjetiva-Objetiva de la buena fe. Ver Sentencia: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18836, 2011).

un límite a la conducta de las partes, la cual debe ser recta y leal, y por el otro lado dando un alcance interpretativo e integrador de tales postulados en la interpretación del contrato. Sobre el particular la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 estableció:

“Emanación directa de la normatividad de los actos jurídicos, es el principio de la buena fe, por virtud del cual los contratos deben ejecutarse de acuerdo con lo convenido y teniendo presente lo que por su naturaleza les pertenece. O sea que las partes tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado y el deber jurídico de cumplirlas de buena fe. Es sin duda ese el principal deber que corresponde a los contratantes. Sin embargo, además de la ejecución de las prestaciones específicas que del contrato emanan, se predicen una serie de deberes y derechos que orientarán la ejecución de todo contrato estatal, los cuales se fundamentan de un lado en los fines estatales que desarrolla el contrato y en el interés de alcanzar una utilidad económica con ocasión de la celebración del negocio por parte del contratista, por el otro. A estos deberes y derechos el proyecto les da particular importancia por cuanto se levantan como guía en el desarrollo del contrato (artículos 40. y 50.)”

Ahora bien, como sostienen Eyzaquirre y Rodríguez (2013) la buena fe objetiva, como todo postulado jurídico, no puede ser considerada como absoluta, pues evidentemente esta debe aplicarse en el marco de la Ley y la constitución sin que sea posible en su aplicación llegar a efectos ilegales o inconstitucionales. Lo anterior resulta aún más evidente en materia contractual pública en la cual todas las actuaciones de la administración están enmarcadas en lo que expresamente haya previsto la ley como permitido, es decir en el principio de legalidad.

Sentado esto, resulta relevante recordar dos de las principales funciones que la buena fe cumple en las relaciones jurídicas en general y puntualmente en las contractuales, sin perder de

vista que se trata de uno de los denominados principios generales del derecho los cuales según Valencia (1996, p. 14), constituyen tanto una de las fuentes del proceso creador del ordenamiento como el resultado del proceso mismo que permite, crear, interpretar o integrar el propio ordenamiento.

Justamente la doctrina argumenta que los principios generales de derecho están llamados a cumplir tres roles (i) servir de base y fundamento del ordenamiento jurídico (ii) servir de directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas, realizando una labor extensiva o correctiva y (iii) integrar el derecho en caso de insuficiencia o carencia normativa (Ospina, 2010, p. 197) (Cassagne, 1992, P. 166).

Es así que aunque varios autores consideran que los principios generales del derecho y particularmente la buena fe tienen funciones generales adicionales como la creativa (Blanco, 2002, p. 259) o la informadora (Chico, 1985, p. 263) (Gajardo, 2010, p. 16), para nuestro estudio nos concentraremos en la función integradora y en la interpretativa, íntimamente relacionadas en la ejecución de un negocio jurídico.

2.1 Función Integradora

En un Estado moderno plagado de tantas y tan diversas relaciones jurídicas, surge la imposibilidad de que las normas positivas o las acordadas por las partes en el contrato, regulen de forma completa las situaciones de hecho que se pueden presentar en tales relaciones. En efecto como sostienen Galiano y Gonzales (2012) pese a las aspiraciones del legislador siempre existen casos o hipótesis no contempladas por la norma, por lo cual se generan lagunas.

Sin embargo, estas zonas de penumbra normativa o regulatoria, aunque no desaparecen, se ven suplidas parcialmente por los principios, pues como sostiene (Rico, 2006), “el orden jurídico

regido por principios hace del sistema un orden automático, al suplir aquellos las deficiencias regulatorias de ordenamientos normativos.” (p. 24)

Es precisamente esta la función que la doctrina ha denominado como integradora complementadora de las manifestaciones de voluntad (Cubides, 2005 p. 255), por la cual se otorga la capacidad a los principios de suplir los vacíos normativos, mediante postulados generales que permitan al interprete, en este caso del contrato, dar soluciones a aquellos casos difíciles en los que primeramente el contrato y después la Ley, no permiten su solución. Así Blanco (2002) sostiene que “Por medio de ésta, los principios cumplen una de las funciones más importantes, pues con ella se superan las lagunas contenidas en el ordenamiento jurídico.” (p. 260)

Al respecto y como anota Viana (2007) la buena fe es un principio que fundamenta los ordenamientos jurídicos y que orienta las construcciones e interpretaciones jurídicas, de tal modo que suple aquellos vacíos regulatorios brindando herramientas para su solución.

Ordoqui (2011, p. 102) sostiene que la buena fe, con su contenido y poder normativo, integra los aspectos faltantes en el acuerdo de las Partes, previendo acudir a voluntades presuntas.

La integración entonces, en palabras de Herrera y Mahecha (2011):

“es un fenómeno en virtud del cual se “completan” las obligaciones o deberes adquiridos por las partes en un contrato, considerando el alcance de la manifestación de voluntad y la naturaleza objetiva del vínculo, considerando las normas de orden público, la costumbre y el principio de la buena fe.” (p. 16)

Para Chinchilla (2011, p. 329) la función integradora incluso va más allá pues se “ha encargado no solamente de colmar las lagunas existentes en la legislación o en el contrato, sino

también de servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora.”

Por supuesto, la función integradora juega un especial papel en la interpretación de los contratos, pues como anota Neme (2006), la buena fe tiene la capacidad de:

“crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el iter contractual y su efecto integrador del contrato, en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre todo el contrato, sea mediante la imposición de reglas no previstas por las partes o mediante la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales o del ejercicio abusivo de derechos”. (p. 88)

Adicionalmente Neme (2010) sostiene:

“Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta grosso modo en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual.” (p. 240)

Así, si las partes han dejado un vacío en el contrato o su relación contractual evoluciona de tal forma que se llega a un punto no regulado expresamente en el contrato, la buena fe tiene la capacidad de integrar el contrato, mediante la imposición de deberes de conducta que serán variables según el tipo de contrato, el caso concreto y la finalidad perseguida por las Partes (Facco, 2009, p. 152); criterio jurídico de relevancia en materia contractual pública, en donde el

instrumento contractual está sujeto a la formalidad de constar por escrito, pero que sin embargo resulta aplicable por expresa disposición legal.

Adicional a esto, y como sostiene Neme, la buena fe impone deberes a las Partes adicionales a los contenidos en el propio texto del contrato, lo que algunos autores han llamado función correctora o correctiva⁸, y que no es otra cosa que un límite al ejercicio de los derechos legítimos de las partes, fundamentado en el deber de lealtad, corrección y justicia propio de la buena fe; aquí particularmente nos referimos a aquellos relativos al no abuso de los derechos y al no defraudar la confianza generada en la contraparte legítimamente.

Ahora bien, es del caso precisar que como sostienen Eyzaquirre y Rodriguez (2013, p. 185-194), existe una estrecha línea entre la integración del contrato de acuerdo a los mandatos de la buena fe y su modificación, por lo cual el Juez tiene unos claros límites en la aplicación de este principio⁹. Así por ejemplo, no resulta legítimo que en aplicación de la buena fe en la integración del contrato se desconozca la propia naturaleza o finalidad del contrato, siento esto último de gran relevancia en materia contractual pública considerando la finalidad que persigue este tipo de contratación, pues como sostiene Cassagne (1999, p. 15), se constituye en una herramienta esencial para la “satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa”.

Lo anterior nos lleva a la segunda función que cumple la buena fe, la interpretativa.

2.2 Función Interpretativa

En virtud de esta función la buena fe se presenta como guía en la interpretación que se haga

⁸ Ver por ejemplo Hurtado (2015), Larenz (1958).

⁹⁹ Al respecto Vattier (1987, p. 522), sostiene que en el derecho inglés se ha desarrollado la denominada doctrina de los *Términos Implícitos*, la cual implica que los jueces, interpretando el contrato, no sólo llenen los vacíos de las partes sino además suplan las contingencias que ellas no previeron, constituyéndose en contratos hechos por el Juez.

del negocio jurídico, tanto en la naturaleza misma del contrato como en los límites de la conducta de las Partes.

En efecto como sostiene Hurtado (2015):

“dicha función obliga a los intérpretes del contrato a tener en cuenta la naturaleza jurídica de este y las previsiones establecidas en los presupuestos de hecho de la norma, con el fin de determinar la manera como las partes deben actuar en la relación contractual.

Sumado a lo precedente, la buena fe contribuye a auscultar la intención de las partes, en el evento de valorar si la conducta que ellas van a realizar o desplegaron es ajustada o no a los propósitos negociales, pues el referido principio señala a los extremos contractuales los límites de su conducta dentro de la relación contractual.” (p.42)

Por su parte Garrido (2008) sobre el particular sostiene:

“En lo específico de la materia interpretativa en el ámbito contractual, se le asigna especial relevancia a la interpretación de “buena fe”, se referencia la común intención de las partes, por sobre a la literalidad de lo manifestado, al sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación, una persona en la situación y de las condiciones de la otra y se propone la aplicación a aquellos contratos que contengan cláusulas que permitan a una de las partes modificar lo convenido a su arbitrio” (p. 242)

Sirvent (2002, p. 105) sostiene que esta función trata de redescubrir el significado de lo pactado, presuponiendo, imprecisión en los términos del contrato.

Como se advierte, la función interpretativa constituye una regla en favor de la aplicación del criterio subjetivo de interpretación contractual, previendo que se beneficie la mala fe de

cualquiera de las Partes, ante la aplicación de un criterio objetivo (Largo, 2012, P. 50).

Ahora bien, esta función por supuesto, se enfoca en precisar el alcance del contenido del contrato y no sus efectos, pues éstos últimos son determinados por la ley. (Facco, 2009, p. 150)

Así pues, la buena fe no sólo vincula los parámetros de la naturaleza del negocio, haciendo que las cláusulas contractuales deban interpretarse dentro de tal naturaleza, sino además, siguiendo la lógica de la función integradora recién descrita, crea límites a la conducta de las partes y a su interpretación, con fundamento en la común intención al momento de obligarse.

Lo hasta aquí descrito advierte la relevancia de la buena fe en el plano contractual, siendo necesario ahora precisar el concepto de la doctrina de los actos propios como parte de la buena fe.

III. La Doctrina de los Actos Propios como manifestación de la Buena Fe

La Corte Constitucional ha sostenido que el principio de buena fe “obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-892/01, 2001).

Tal mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos hace parte, como advierte Mesa Valencia (2013) de dos manifestaciones concretas del principio de buena fe: el respeto por el acto propio¹⁰ y la confianza legítima¹¹.

¹⁰ Sobre la relación entre la doctrina del respeto por el acto propio y la buena fe ver a: Viana (2007), p. 80, Bernal (2008), p. 314, Bernal (2010), p. 258, Neme (2009), p. 67.

¹¹ Sobre la relación entre la confianza legítima y la buena fe ver a: Viana (2007), p. 44 a 46, Monsalve (2008), p. 42.

Si bien nuestro estudio se centra en la Doctrina del Acto propio, previo a su conceptualización, alcance y límites, vale la pena precisar las similitudes que dicha doctrina tiene con el concepto de confianza legítima, llegando en algunos caso incluso a confundirse.

Efectivamente, la confianza legítima se constituye en un principio cuya finalidad es “la protección de aquellas expectativas que, en razón de un determinado comportamiento, las autoridades públicas generan en los sujetos de derecho” (Muller, citado en Gonzales, 2011)

El respeto por el acto propio, por su parte, como sostiene Viana (2007):

“es el deber de actuar en forma coherente con los actos y decisiones anteriormente proferidos, es el deber de actuar con coherencia en el comportamiento y con ello la obligación de no hacer o de omisión cuando dicha coherencia se ponga en riesgo.” (p. 80)

Como se advierte la confianza legítima y la regla del respeto por el acto propio tienen grandes similitudes, de tal suerte que incluso jurisprudencialmente comparten algunos de sus requisitos a saber: (i) una expectativa razonable y cierta derivada de una conducta anterior clara, inequívoca y veraz. (ii) una conducta legítima contraria a dicha expectativa y (iii) la existencia de antijuricidad derivada de dicho cambio. Por supuesto en el caso de la confianza legítima se debe cumplir además con la necesidad imperiosa de aplicar el interés público sobre el particular.¹²

Es por esto, que los conceptos de respeto por el acto propio y confianza legítima como advierte Mosquera (2011) han sido desarrollados por la doctrina en algunos casos de forma autónoma y en otros de forma unitaria.

¹² Sobre los requisitos de aplicación del principio de confianza legítima ver sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 12158, 2005. Sobre los requisitos de aplicación de la doctrina del respeto por el acto propio ver sentencia: Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T- 099/09, 2009

Sin embargo, quienes consideran que se trata de dos conceptos autónomos han establecido puntos en los que los mismos se diferencian. Así por ejemplo, Ivanega (2009), sostiene que para la aplicación de la doctrina de los actos propios se requiere que la primera conducta sea válida, mientras que en el caso de la confianza legítima, tales actos iniciales pueden ser inválidos, pero la protección puede tener eficacia. Así mismo sostiene que en el caso de la doctrina de los actos propios se requiere la existencia de una relación concreta entre las partes, no genérica, mientras que en las esferas de la confianza legítima no se precisa la existencia de esa relación jurídica determinada.¹³

Pues bien, más allá de sus diferencias, en últimas su importancia radica en que estos conceptos jurídicos conllevan, como advierte Mesa Valencia (2013) es que los mismos:

(...) previenen a los operadores jurídicos de contravenir o ir en contra de sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico. (p. 30)

Visto lo anterior se establecerá brevemente el concepto y límites de la Doctrina del Acto Propio.

¹³ Un ejemplo bastante claro sobre estas dos diferencias respecto de la confianza legítima, es el caso de los vendedores ambulantes, en donde la Corte Constitucional, ha establecido una serie de reglas que debe atender la administración para efectos de la recuperación del espacio público, buscando atenuar los efectos de las medidas sobre la población que ha ocupado dichas zonas amparadas en una confianza legítima (Franco y Bernal, 2016, pág. 122). En estos casos la primera conducta de la administración, omisiva en cuanto a la recuperación del espacio público y la permisión en su ocupación, claramente no es válida frente a la ley, sin embargo se considera efectiva la protección de los derechos de quienes ocuparon las áreas; así mismo en este caso no existe una relación jurídica concreta sino más bien genérica entre la administración y los ocupantes irregulares.

3.1 Del Concepto de la Doctrina del Acto Propio

Como su propia denominación indica, la doctrina del acto propio implica darle un valor jurídico a la conducta inequívoca previa o precedente buscando dar protección a un bien jurídico particular, la confianza. Así “se afirma que el uso de un derecho subjetivo requiere necesariamente de un actuar en observancia de la confianza entregada a la otra parte” (Padilla, 2013, p. 140)

Para López (2009) se trata de una idea simple: “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.” (p. 191). Solarte (2004) indica que “la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.” (p. 290)

Por su parte Bernal (2010, p. 257) advierte que es la figura que más se ha relacionado en el ordenamiento jurídico colombiano con la figura *venire contra factum proprium non valet*. Para dicha autora se constituye así un límite al ejercicio de un derecho subjetivo con el fin de obtener, en las relaciones jurídicas, un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio de la buena fe.

Al respecto la Corte Constitucional sostuvo:

“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.” (Corte Constitucional,

Sala Sexta de Revisión, T-947/00, 2000).

Como se advierte la Doctrina del Acto Propio se constituye en un verdadero límite en el ejercicio de un derecho legítimo que va más allá de la definición misma del derecho que pueda estar prevista en la ley y en el caso bajo nuestro estudio, en el propio contrato. Esta limitante, desarrollada principalmente en las esferas del derecho privado, resulta igualmente aplicable al derecho público, en el cual por mandato constitucional se le exige de una manera expresa al Estado, sometido al derecho, aplicar en todas sus relaciones los postulados de la buena fe, la cual además se presume.

Justamente, ha sostenido el Consejo de Estado:

“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 prosperar¹⁴.”

¿Pero quiere decir esto, que las Partes de un contrato, no gozan de la capacidad de evaluar sus actos y de ser el caso corregirlos en búsqueda de los intereses que cada uno tiene con la celebración del contrato?

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006), Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041), Actor: MIGUEL ANTONIO CASAS GARZON, Demandado: DEPARTAMENTO DE RISARALDA.

Ciertamente no, es claro que las limitantes impuestas por la buena fe y por la doctrina del acto propio resultan aplicables bajo unos supuestos claramente establecidos y que no se debería emplear tal doctrina de forma indiscriminada. Son muchos los casos en los que las partes de un contrato tienen la facultad de modificar su conducta válidamente, por ejemplo cuando el propio contrato o la ley les ha reservado ese derecho¹⁵, o cuando su conducta inicial era ilegítima. Justamente como sostiene Borda (2010), la doctrina del acto propio se constituye en una regla de derecho y no en un principio precisamente porque admite excepciones, reconoce un principio del cual se deriva (la buena fe) y abarca una menor cantidad de situaciones que la propia buena fe.

Es por lo anterior que resulta necesario estudiar los requisitos que ha establecido la jurisprudencia y la doctrina para la aplicación de la teoría del acto propio.

3.2 Requisitos de Aplicación de la Doctrina del Acto Propio

Como aproximamos preliminarmente al inicio de este capítulo, la jurisprudencia ha definido los requisitos para aplicar la doctrina del acto del propio.

Para la Corte Constitucional son tres requisitos a saber:

“(i) una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Conducta que indica un acto o una serie de actos que exponen una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales, la cual debe ser jurídicamente relevante, y por ende debe ser ejecutada dentro una relación jurídica. Es decir, el acto debe suscitar la confianza de un tercero o revelar una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. En este sentido, la conducta vinculante o primera

¹⁵ Como ejemplo claro de esto tenemos las llamadas cláusulas excepcionales en materia contractual pública, en donde por virtud de la ley, el Estado tiene la facultad de interpretar e incluso modificar unilateralmente el contrato.

conducta, debe ser jurídicamente eficaz, por cuanto el comportamiento que se pone de relieve afecta una esfera de intereses. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando. Así pues, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella; (ii) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas, lo cual atenta el principio de buena fe; y, (iii) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-122/15, 2015).

El Consejo de Estado, por su parte, siguiendo al autor Diez Picazo concluye en que son cuatro los requisitos así:

“1.º Que una persona haya observado dentro de una determinada, situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz.

2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando un situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4.º Que entre ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 25000232600019940049201, 2010).

Pues bien, en atención a lo indicado por estas Altas Corporaciones podemos decir que los

requisitos de aplicación de la Doctrina de los Actos Propios son:

(i) Una conducta inicial jurídicamente eficaz.

- Como indica la corte constitucional en la sentencia citada y condensa la autora Bernal (2010, p. 261) se debe tratar de una conducta desplegada dentro de una relación jurídica.
- Se debe tratar por supuesto de actos o conductas, sea positivas o negativas, con la entidad suficiente para crear confianza en la contra parte. Justamente como sostiene López (2009) “para la aplicación de esta doctrina no alcanzan las conjeturas sobre posibles significaciones de un acto; el alcance de la actuación, que luego se pretende deshacer o contrariar, debe ser inequívoco” (p. 199). Borda (2010) por su parte indica que:

“deben excluirse los actos que no tengan un valor vinculante, como pueden ser las meras opiniones o las expresiones de deseos, entre otras. También deben ser excluidas las manifestaciones de una intención –sea tácita o expresa–, porque una intención no puede obligar en la medida en que no se asuma un compromiso.” (p. 44)

Finalmente como sostiene Bullard (2010), la conducta debe ser evaluada en su carácter y circunstancia para determinar si un individuo razonable puede derivar de ella un compromiso de no modificación futura, quiere decir esto que no basta con la afirmación del convencimiento del afectado, sino que debe determinarse si realmente la conducta tenía la entidad suficiente para generar la confianza en cualquier sujeto sensato que estuviese en la misma situación de hecho, en otras palabras que se trate de una confianza legítima, en la medida en

que resulte razonable en virtud de la misma alterar las consecuencias jurídicas que se seguirían de no aplicar la doctrina (Salah, 2008, p. 200).

- Para que dicha conducta sea jurídicamente eficaz debe además estar ajustada a derecho. Sobre el particular, Lopez (2009) como es apenas obvio concluye “que si la primera conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir fuera antijurídica, o ilícita, o inmoral, no habría posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propio.” (p. 209). En materia contractual pública es de relevancia por tanto, que la conducta se enmarque en el principio de legalidad y en la legitimación del acto obtenida, como sostiene Amazo (2007), por medio de la autorización legal, ya que a los funcionarios del Estado tan sólo les está permitido hacer lo que estrictamente les está autorizado por la ley,¹⁶ lo cual incluye sin duda, la capacidad de representación y la competencia del funcionario que ejecuta la conducta u omite ejecutar una acción determinada generando confianza en su contraparte¹⁷.
- Como indica Padilla (2013, p. 145), debe corresponder adicionalmente a una conducta válida y voluntaria. Es relevante que se trate de una conducta libre. Adicionalmente en tratándose de validez, acá por tanto, en principio no cabrían las conductas viciadas por error, fuerza y dolo. Sin embargo es del caso precisar que no es uniforme la doctrina en cuanto a este punto, pues como indica Bernal

¹⁶ El autor peruano Vignolo (2011), hace un recuento histórico de la evolución del principio de legalidad, haciendo mención al austriaco Winkler quien acuñó los conceptos de *negative bindung* (todo lo que no está prohibido está permitido), recogida en la constitución colombiana respecto de los particulares y *positive bindung* (todo lo que está prohibido no está permitido) o en otras palabras, la legalidad de una actuación depende de la existencia previa de una norma que autorice tal actuación, que corresponde a la aplicable en Colombia para la administración pública.

¹⁷ Sobre el principio de legalidad y su posible disyuntiva con la Buena Fe, Ospina (2010), concluye que el primero constituye un límite del segundo, correspondiendo por tanto primero realizar un análisis del acto para después determinar si el mismo se ajusta o no a la Buena Fe.

(2010, p. 261) algunos autores consideran que el vicio debe tener significancia o que incluso no es ajustado a la buena fe que un contratante pida la nulidad de un contrato viciado en su voluntad, cuando le resulta incómodo después de varios años de beneficiarse de él (Borda, 2000, p. 76). Para solucionar esta disyuntiva debemos advertir que en materia de derecho público, como indica la propia Bernal (2010, p. 262) en aplicación a la tesis sostenida por la corte constitucional, los particulares no están obligados a soportar los errores de las entidades públicas y cuando tienen derechos a su favor creados por la administración, se les deben garantizar hasta que no haya decisión judicial que los desvirtúe. (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-336/97, 1997).

(ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que contradice palmariamente la conducta inicial.

- Sobre este requisito Lopez (2009, p. 201) sostiene que las elaboradas alegaciones sobre supuestas contradicciones implícitas son aquí insuficientes. Para que el juez aplique esta doctrina, la contradicción entre ambos actos debe ser palmaria, no debe dejar lugar a dudas ni a segundas interpretaciones. Así para Bullard (2010), “La contradicción debe de ser específica (referirse a una situación idéntica o muy similar) a los hechos y elementos que configuraron la conducta original.” (p. 59)
- De lo anterior podemos advertir que para que este segundo requisito se entienda satisfecho debe existir el ejercicio de una conducta, de un derecho o de una pretensión lo suficientemente clara y contradictoria de la conducta inicial.
- Sobre el tipo de conducta aquí considerada, Borda (2010, p. 46-47) con el

concepto de “Pretensión Contradictoria” considera que deben acreditarse tres requisitos: (i) debe tratarse de un acto o conducta realizado con posterioridad a otro anterior; sobre este punto resulta claro que conductas inmediatas o subsecuentes, como por ejemplo una retractación inmediata, no tienen la entidad de generar confianza en la contraparte (ii) debe ser de un acto o conducta dirigido a obtener de otro sujeto un comportamiento determinado. (por lo que las conductas o actos que no estén dirigidas a nadie en especial no constituyen pretensiones). En este punto, consideramos que para que resulte aplicable la doctrina, la conducta contradictoria puede referirse tanto a una pretensión como también al ejercicio de un derecho o facultad (Padilla, 2013, p. 145), lo cual resulta menos restrictivo. (iii) debe importar el ejercicio de un derecho subjetivo digno de protección. En este punto sostiene Borda que para el caso concreto la conducta debe resultar inadmisibile por ser contradictoria de la primera conducta.

- Adicionalmente, debe aclararse, aunque pareciera obvio, que ésta segunda conducta debe ser legitima, y que de no haberse presentado la primera, podría ser ejecutada sin inconveniente. (Borda, 2010, P. 47)

(iii) Identidad de los sujetos.

Lopez (2009) sobre este requisito indica:

“Se ha dicho que, para ser aplicable la doctrina de los actos propios a un caso, se requiere, por último, que los sujetos que intervienen y a quienes les afectan las dos conductas como emisor o como receptor sean los mismos”. (p. 207)

Al respecto el propio Consejo de Estado en la sentencia ya citada¹⁸,

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 25000232600019940049201, 2010.

explica que debe existir una perfecta identidad de sujetos.

Sin embargo como indica Lopez (2009), pueden presentarse casos en que la doctrina puede aplicarse con un sólo sujeto en común entre dos relaciones.

Es por esto que autores como Borda (2010, p. 47) sostienen que este requisito implica que el sujeto activo, esto es la persona que ha observado determinada conducta –con fundamento en una facultad o un derecho subjetivo–, debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa primera conducta.

De forma similar sostiene Padilla (2010) que debe existir “identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario” (p. 45.). Es decir, parece doctrinalmente aceptado que la identidad debe recaer sobre el sujeto activo de las conductas y no necesariamente sobre el pasivo.

La Corte Constitucional parece seguir esta línea, al indicar que este requisito se ve satisfecho con la identidad del sujeto o de centros de interés que se vinculan en ambas conductas (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-122/15, 2015). Sobre el particular indica Bernal (2010, p. 264.) que esta identidad se presenta en tratándose de sujetos físicamente distintos pero cuyo centro de interés es el mismo.

Lo anterior en materia contractual pública guarda relevancia en la medida en que, verbigracia un acto precontractual como la respuesta a una observación sobre el contrato, elevada por un proponente, puede tener efectos jurídicos respecto de otro proponente que finalmente sea adjudicatario del contrato, siendo personas distintas pero con el mismo centro de interés.

3.2 Límites a la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios

Aun cuando los requisitos recién esbozados constituyen en sí mismos un limitante a la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios, que nos advierten la condición relativa y no absoluta de la misma, la doctrina especializada ha advertido algunas reglas limitantes adicionales para su aplicación

En efecto Padilla (2013) sostiene que se recurre de forma correcta a la doctrina si se verifica adicionalmente:

- a. **Carácter Residual.** Sostiene Padilla (2013, p.146) que la aplicación de la Doctrina del Acto Propio es de carácter subsidiario, es decir que su aplicación procede en la medida en que no exista otra institución jurídica que brinde una solución al caso concreto. Esta condición es reiterada por Bernal (2010, p. 266) quien sostiene que la misma no se utiliza en los casos en que el ordenamiento determina una solución expresa para la contradicción.

Jaramillo (2012, p. 320), siguiendo a Alterini y a Lopez Cabana, concluye que el instituto no se aplica si (i) hay una solución legal que regula la conducta contradictoria sea prohibiéndola o legitimándola¹⁹ y (ii) cuando, sin existir solución legal, hay justificaciones éticas prevalentes.

Para efectos de nuestro estudio y concordando con la primera de las conclusiones a las que llega Jaramillo, debemos decir que la Doctrina del Acto Propio aplica de forma supletoria, en la medida en que no exista legitimación o prohibición legal para la

¹⁹ Lo anterior coincide con las afirmaciones de parte de la Doctrina respecto a que aras de la seguridad jurídica, en caso de contradicción entre una ley particular y un principio general del derecho, como la Buena Fe, debe prevalecer la Ley. (Gillet, 2015, p. 151-158)

conducta contradictoria.

Así entonces, por ejemplo, no podrá afirmarse que existe violación a la Doctrina del Acto Propio, cuando una Entidad pública modifica unilateralmente el contrato estatal yendo en contra de sus actos propios anteriores, pues tal conducta tiene una habilitación y por tanto legitimación legal, que además comporta un efecto compensatorio en favor del contratista. Así mismo, como sostiene Torres (2016, p. 270), tampoco podría aplicarse la doctrina en los casos en que se pretenda impugnar un negocio ineficaz, ejemplificando lo anterior en la revocabilidad de la adjudicación del contrato cuando sobrevenga una inhabilidad o en la pretensión de la nulidad absoluta del contrato estatal.

- b. Valoración de los Actos: Estima Padilla (2013, p. 146), además que para la aplicación de la Doctrina deben valorarse los actos objetivamente, cualquiera que haya sido la intención que los haya guiado.

En otras palabras, estima el Autor, que los actos deben valorarse objetivamente y no teniendo en cuenta la intención de los sujetos, pues esto generaría una mayor inseguridad en el tráfico jurídico.

Al respecto Jaramillo, reconoce precisamente que la aplicación de la figura implica denotar el “advenimiento de una conducta posterior objetivamente_incompatible con una previa, ambas emanadas de la misma parte, en momentos distintos y con finalidades propias que, entre sí, abiertamente colisionan, a fortiori, cuando se esgrime o se acude a ella (la ulterior)” (p. 286)

En tal medida resulta relevante valorar más que la mera intención de las partes, las condiciones objetivas de modo, tiempo y lugar así como la finalidad objetiva desprendida

de cada acto.

- c. Se debe detentar un derecho subjetivo: Al respecto Padilla (2013, p.146) indica que la acción contradictoria debe estar permitida para el sujeto que la ejerce, es decir que el mismo debe estar facultado para ejercitarla.

Esto no implica que dicha facultad constituya automáticamente una solución a la conducta contradictoria, pues estaríamos en las esferas de la residualidad de la doctrina explicada en el literal a. anterior. Por el contrario lo que se pretende indicar es que el sujeto debe estar facultado para ejercer el acto contradictorio sin que exista una solución legal que legitime el acto contradictorio propiamente dicho.

Al respecto Jaramillo (2012) sostiene:

“Desde esta última perspectiva, si bien el ejercicio del derecho por parte del voluble puede llegar a estimarse lícito, in abstracto, dado que se hace al amparo de una facultad virtualmente conferida por el ordenamiento, en particular derivada de la posición que ocupa en la relación contractual, cuando él se ejerce contrariando los límites de la buena fe, de la coherencia y de la racionalidad negocial, su conducta se torna vulneratoria del ordenamiento y, por esa vía, antijurídica y también injusta.” (p. 283)

En suma tenemos que para que resulte aplicable la doctrina de los actos propios se requiere:

- (i) Una conducta inicial jurídicamente eficaz con la entidad suficiente para crear confianza en la contra parte. (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que objetivamente contradice palmariamente la conducta inicial y (iii) Identidad de los sujetos, requiriéndose además que quien ejecuta las acciones contradictorias detente la facultad para ejercerlas y que tal acto contradictorio no tenga una solución mediante otra institución jurídica.

3.3 Consecuencias jurídicas ante la aplicación de la Doctrina

Ante la acreditación de los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, surge la duda respecto a la consecuencia jurídica derivada de tal acreditación. Al respecto Gonzales (1983, p. 61-68), trae a colación los efectos derivados del incumplimiento o violación a los parámetros de la buena fe con las siguientes consecuencias: (i) invalidez del acto violatorio de la buena fe (ii) conservación de los actos que protege dicho principio (iii) excepción al ejercicio de derechos y potestades que en el caso concreto resultarían contrarias a los mandatos del principio (iv) evitar las consecuencias del ejercicio inadecuado de un derecho (v) incumplimiento de las obligaciones (vi) limitación a los efectos del incumplimiento de una carga u obligación y (vii) indemnización de perjuicios.

Jaramillo (2012) por su parte concluye:

“cuando cabalmente se aplica la doctrina de los actos propios, respetando su arquitectura, quintaesencia, presupuestos y limitaciones, debe declararse claramente, cualquiera que sea el vehículo y la fraseología respectiva, la inadmisibilidad de la conducta incoherente y, por ende, la inviabilidad o improcedencia del ejercicio de un derecho subjetivo.” (p. 342)

Lo anterior implica que el efecto de la aplicación de la doctrina es la invalidez del acto contradictorio, lo cual siguiendo a Jaramillo (2012) puede conllevar a su vez, según cada caso, a la excepción en el ejercicio de derechos contrarios a la conducta inicial y por supuesto a la indemnización de perjuicios de la parte afectada, si estos son debidamente acreditados.²⁰

²⁰ En este punto se presenta otra de las diferencias entre la doctrina de los actos propios y la confianza legítima, pues en ésta última no se presenta invalidez del acto que defrauda la confianza del administrado, sino que corresponde al

3.4 Críticas a la Doctrina

Restaría preguntarnos si la aplicación de la doctrina resulta “justa” y adecuada. Al respecto el autor peruano Morales (2006, p. 137) (2008, p. 56), considera que su aplicación, para el caso peruano, conlleva a desconocer el ejercicio de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, que resulta inútil por cuanto ya la legislación peruana incluye soluciones jurídicas a los problemas relevantes que formula tal doctrina y que carece de una clara determinación de los hechos jurídicos y consecuentemente de los efectos jurídicos aplicables a tales hechos;

Por su parte Salah (2008, p. 201) expone la posición de algunos autores que miran con recelo este tipo de doctrinas, pues tienden a vulnerar la autonomía, especialmente la negocial que se ejercita de forma libre y generalmente sin formalidad.

Finalmente Ekdahl (1989, p. 28 y 29) sostiene que autores como García de Enterría consideran peligroso acudir a este tipo de doctrinas, pues su aplicación constituye una huida a las cláusulas generales, y a la idea de tener normas seguras que brinden soluciones claras y precisas a todos los casos.

Lo que indican Morales y Salah en cuanto a la restricción de derechos reconocidos por el ordenamiento y a la autonomía negocial, es completamente cierto, sin embargo, el punto relevante del asunto se centra en si el ejercicio de tales derechos reconocidos en el ordenamiento, teniendo en cuenta los antecedentes de la relación negocial, se constituye o no en un acto que defrauda la confianza legítima generada en la contraparte y como consecuencia en un acto de “mala fe”. En nuestro entender si el ejercicio de ese derecho legítimo, defrauda palmaria y objetivamente la confianza generada razonablemente a una persona con la que se tiene una

Estado la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios para adaptarse a la nueva situación. (Ruíz, 2010, p. 217) (Bernal, 2008, p. 313)

relación contractual, derivada de actos inequívocos, voluntarios y previos, resulta justificado el límite al ejercicio de tal derecho. Ahora bien, en cuanto a los hechos jurídicos y consecuencias derivadas de la doctrina, siendo la misma un concepto derivado de la buena fe, caracterizada por su indefinición, resulta evidente que su determinación se dará en el análisis de cada caso concreto, esto a nuestro juicio no genera inseguridad jurídica, pues ya la jurisprudencia y la doctrina internacional han establecido claros límites a su aplicación.

Así mismo en cuanto a las exposiciones hechas por Ekdahl, como sostiene la misma autora, la crisis del legalismo demuestra que para casos particulares, la aplicación de doctrinas como la del acto propio fuera de un retroceso constituye una victoria para ir más allá de la letra de ley. Por lo anterior tampoco compartimos lo manifestado por el autor Morales, pues restringir la aplicación de esta doctrina bajo el argumento que ya el ordenamiento brinda una solución a las principales problemáticas que la misma pretende solucionar, sería desconocer que resulta materialmente imposible regular todas las posibles relaciones jurídicas en el tráfico jurídico, cuando precisamente la doctrina, como se dijo, tiene un carácter residual, aplicando entonces en aquellos casos en donde el ordenamiento jurídico no ha establecido una consecuencia particular para una conducta contradictoria.

IV. La Interpretación de los Contratos

Han sido muchos los autores que han aportado doctrinariamente al análisis de la interpretación de los contratos, sus tipos y alcances. Para los efectos de este escrito, nos referiremos someramente a los criterios de interpretación reconocidos por la legislación colombiana, y a aquellas reglas aplicables al contrato estatal.

Lo primero es indicar que interpretar en palabras de Pardo y Hernandez (2013) “consiste en

establecer la común intención de las partes objetivada en el texto o en las declaraciones o comportamientos lícitos, congruentes y relevantes.” (p. 127)

Para la Corte Suprema de Justicia, consiste en: “auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio el alcance de su contenido y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001-06915-01, 2008)

Aunque los dos conceptos referidos, parecen acoger de antemano el criterio subjetivo de interpretación, sobre el cual nos referimos más adelante, de los mismos resulta posible afirmar que interpretar consiste en determinar el alcance real de una disposición contractual, cuando dicho alcance no es claro, es contradictorio o se encuentra en controversia entre las Partes.

Justamente y como sostiene la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada, la interpretación del contrato no sólo es necesaria cuando el texto contractual tiene cláusulas ambiguas, imprecisas, contradictorias o incoherentes, sino también en aquellos casos en donde a pesar de existir claridad en el lenguaje utilizado, cada una de las Partes le otorga un alcance distinto.

Es aquí donde resulta relevante el hecho que la doctrina ha reconocido la existencia de dos criterios interpretativos. El subjetivo o voluntarista y el objetivo o declaracionista.

Como su propia denominación lo indica, el criterio subjetivo pretende determinar la real intención de los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico y respecto de cada regulación que contiene el mismo, más allá de lo que finalmente quedo escrito.

En palabras de Coloma (2016) en este tipo de interpretación se “enfatisa, en la primacía de la intención de los contratantes, por sobre lo que cabe extraer del texto resultante, entendido este

como un producto desvinculado de lo que querían sus autores.” (p. 15)

Por su parte Plata y Monsalve (2014), indican que bajo este criterio el juez debe “buscar cuál fue la intención verdadera de los contratantes, su voluntad interna y hacer que ésta prevalezca sobre la voluntad externa o declarada.” (p. 32)

El criterio objetivo, en cambio, se enfoca en realizar la interpretación con base en el texto que finalmente recogieron las partes en su acuerdo contractual, sin tener en consideración cual era la intención que buscaban con el mismo.

Para Plata y Monsalve (2008) este criterio busca privilegiar la voluntad externa o declarada por encima del querer que internamente han buscado los contratantes, pero que no lograron manifestar o exteriorizar claramente. (p. 33)

Ahora bien, aunque algunos autores consideran que esto no es absoluto, pues algunas normas parecen indicar lo contrario, la norma civil colombiana ha acogido como prevalente el criterio subjetivo en materia de interpretación contractual²¹. En efecto, el artículo 1618 del Código Civil Colombiano establece: “ARTÍCULO 1618. PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Lo anterior implica de forma clara, que al intérprete le corresponde en primera instancia indagar sobre la común intención de las Partes, antes de acudir al entendimiento literal del texto de la disposición contractual en discusión y esto responde al hecho que, siendo el contrato un acuerdo determinado por la autonomía de la voluntad de las Partes, en primera instancia debe indagarse sobre la intención de tal voluntad. En palabras de Arena (2011): “La intención de los

²¹ Ver Plata y Monsalve (2008, p. 33)

contrayentes adquiere en cambio mayor relevancia en el caso de los contratos, ya que gran parte de las legislaciones modernas consagra el principio de autonomía contractual o autonomía de la voluntad.” (p. 66)

En términos similares Pardo y Hernandez (2013) sostienen:

“Por su parte, el principio de la autonomía contractual, establecido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano, impone que al efectuarse la interpretación de las cláusulas del contrato deberá acudir a la común intención de las partes exteriorizada, la cual corresponderá, por encima del sentido estrictamente gramatical de la expresión, a la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, en concordancia con el artículo 1618 del Código Civil y con la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado.” (p. 128-129)

Pues bien, para determinar la intención de las Partes, según analizan Pardo y Hernandez (2013), desde la misma norma civil resultan algunas reglas a aplicar. En términos de los autores mencionados habrá de considerarse:

“que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).” (p. 131-132)

Sentado esto, resulta evidente que en muchos casos no es posible determinar la real intención de las partes sea por falta de elementos probatorios (como por ejemplo documentos previos entre las Partes, cruce de comunicaciones, conductas precontractuales y contractuales, etc), por la complejidad misma del objeto, por zonas de divergencia entre las partes (intenciones opuestas), por zonas de indefinición (asuntos sobre los cuales las partes carecían de intencionalidad) lo cual genera tensión entre la intención misma de las Partes (Coloma, 2016, p. 20-23), por la vaguedad tanto del texto como de la intención (Arena, 2011, p. 69) , o incluso por las características de las Partes contratantes y los procesos de contratación *sofisticados* en que las mismas pudieron haber invertido para la creación del contrato respecto del cual se supone su texto recoge la real intención de las Partes²²; en aquellos casos indefectiblemente el intérprete deberá acudir a otros criterios interpretativos que le permitan dar una solución a la controversia existente entre las Partes, sea remitiéndose al texto literal de la cláusula, a su lectura sistemática, y como sostiene la Corte Suprema a otras reglas que:

“se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624

²² El autor Montero (2006, p. 128) hace un análisis sobre la interpretación de los contratos entre Partes Sofisticadas y sobre la forma en que el Juez debería interpretar este tipo de contratos concluyendo que:

“debe trascender tanto el texto de la cláusula como la presunta voluntad de las partes respecto del punto en disputa; debe mirar el negocio en sí mismo y ponderarlo en abstracto; debe, para decirlo de otro modo, castigar la impericia de los negociadores y de los redactores del contrato, impidiendo que ninguna de las partes obtenga provecho o ventaja interpretando la cláusula del modo que mejor conviene a sus intereses.”

inc. 2º).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001-06915-01, 2008)

Ahora bien, en palabras de Rivero, (2017, p, 10) son dos las tareas en materia de interpretación del contrato (i) la cuestión de hecho, que corresponde a la reconstrucción de los hechos, fijando los hechos o cuestiones a interpretar y determinando el propósito de la conducta de los declarantes. Y (ii) la cuestión de derecho que se manifiesta en la calificación del negocio o tipo al que corresponde y a la construcción de la regla negocial. En otras palabras corresponde al intérprete con el fin último de dar solución a la controversia suscitada entre las partes, determinar los presupuestos de hecho y de derecho aplicables al caso particular a efectos de en primera instancia auscultar la real intención de las partes, o en su defecto objetivamente determinar el alcance de lo pactado.

V. Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios en la Interpretación del Contrato Estatal

De lo dicho hasta ahora, queda la duda de si las reglas de interpretación precitadas resultan o no aplicables al Contrato Estatal, sobre lo cual debemos afirmar que en efecto le resultan aplicables, en la medida en que el artículo 13 de la ley 80 de 1993, hace una remisión general a las normas civiles y comerciales pertinentes en lo no expresamente regulado en el Estatuto General de la Contratación, empero, es del caso precisar que si bien, como afirman Pardo y Hernandez (2013, p. 130), puede considerarse que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, es importante tener en cuenta que el artículo 28 de la Ley 80 consagra expresamente:

“Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de

contratistas y en la de la cláusula 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.”

Lo anterior indica con suma claridad que aun cuando acudamos a las reglas interpretativas de la norma comercial y civil, en todo momento deberán considerarse, entre otros, los mandatos de la buena fe. Esto resulta de suma relevancia para el análisis objeto de este escrito, pues de tales mandatos surge la Doctrina de los Actos Propios, que en consecuencia, por expresa disposición legal resulta aplicable a la interpretación del Contrato Estatal.

En otras palabras, si surge una diferencia de interpretación entre las partes del Contrato Estatal que suponga la necesidad de determinar el alcance real de una disposición contractual, cuando dicho alcance no es claro o es controvertido entre las Partes, corresponderá al Juez del contrato determinar en primera instancia la intención de las Partes, considerando prevalentemente los mandatos de la buena fe, incluyendo aquellos relativos a su funciones integradora (que, como se analizó, busca cubrir los vacíos que puedan existir en el contrato) como la interpretativa (a efectos de auscultar la real voluntad de las Partes).

En consecuencia, en la determinación de tal intención resultarán de suma relevancia los actos propios en que hayan incurrido las partes tanto en el momento de formación del contrato, como durante su ejecución, previendo el juez cualquier conducta contradictoria o incoherente de cualquier de las Partes que atente contra la confianza legítima que haya podido generar en su contra parte.

Así, para ejemplificar lo anterior, si para la ejecución de un contrato estatal de tracto sucesivo, se requiere de la obtención de un permiso o licencia renovable en el tiempo

(suponiendo que no existe ninguna norma legal o reglamentaria que indique quien debe tramitarla) y en el texto del contrato no quedó establecido de forma expresa a que parte correspondía obtenerlo, pero durante su ejecución ha sido la entidad contratante quien se encargó de dicha tarea, si una vez avanzado el contrato ésta pretende modificar tal condición exigiendo el trámite al Contratista, amparada en la indefinición del contrato sobre el particular, no sólo estaría contrariando los parámetros de la buena fe, la confianza y la coherencia de sus actos, sino que además en caso de litigio, tales actos propios de la Entidad constituirían un elemento esencial para la interpretación de la voluntad de los contratantes.

De igual forma, si las Partes de un contrato acuerdan la suscripción de una modificación contractual y en dicho acto, el contratista no manifiesta expresamente la existencia de un impacto en materia obligacional o económica en su contra derivado de tal modificación, no puede válidamente en actos posteriores pretender reclamar tales impactos, pues con sus propios actos ha generado la confianza en la contraparte respecto a su inexistencia. En consecuencia, si el juez debe solucionar dicha controversia, le corresponderá, interpretando el texto contractual, valorar los actos propios del contratista al momento de la celebración del acto modificadorio.

VI. Conclusiones

Teniendo en cuenta las ideas anteriormente esbozadas es fuerza concluir:

6.1 La Buena Fe se constituye en un principio fundamental en materia de interpretación del contrato estatal, según dan cuenta las voces del artículo 28 de la ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 83 constitucional.

6.2 La Doctrina del Acto Propio se erige como una manifestación propia de la Buena Fe y en virtud de la misma, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, no le es posible a una persona

desconocer válidamente o ir en contra de sus propios actos previos, cuando éstos han generado confianza en su contra parte.

6.3 Para efectos de que se pueda dar aplicación a la Doctrina del Acto Propio se requiere: (i) Una conducta inicial jurídicamente eficaz. (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que objetivamente contradice palmariamente la conducta inicial y (iii) Identidad de los sujetos, requiriéndose además que quien ejecuta las acciones contradictorias detente la facultad para ejercerlas y que tal acto contradictorio no tenga una solución mediante otra institución jurídica.

6.4 En Colombia en materia de interpretación de los Contratos prima el criterio interpretativo subjetivo o voluntarista, según el cual el intérprete debe buscar la real intención de las partes más allá del contenido literal de las palabras.

6.5 En virtud de lo anterior para el caso del Contrato Estatal en aplicación a lo preceptuado en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, para la determinación de tal intención resultara obligatorio tener en consideración los mandatos de la buena fe, incluyendo la Doctrina de los Actos propios como manifestación propia de ésta, por lo cual resultan de suma relevancia los actos propios en que hayan incurrido las partes tanto en el momento de formación del contrato, como durante su ejecución.

VII. Lista de Referencias

Las ideas contenidas en este escrito las hemos basado en las siguientes obras doctrinarias y jurisprudencia:

Amazo Parrado, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(2), 181-203. Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345/291>.

- Arena, F. J. (2011). Intención, Contratos e Interpretación de Textos Jurídicos Indeterminados. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (35), 53-81. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200002.
- Barberia, M. E. (2009). *Diccionario de latín jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.
- Benitez, J, (2013). *Solidaridad Contractual Noción posmoderna del contrato*. México y España: UBIJUS y Reus.
- Bernal, M. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra Factum Proprium. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (13), 291-321. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13909>.
- Bernal, M. (2010). La Doctrina de los Actos Propios y la Interpretación del Contrato. *Vniversitas*, (120), 253-270. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>.
- Blanco, G. A., (2002). Los Principios Generales del Derecho en la Constitución del 91. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (17), 248-262, Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/2995/2071>.
- Borda, A. (2000). *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires, Argentina: abeledo perrot.
- Borda, A. (2010) La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina. En: H. Corral Talciani (Ed.), *Venire contra factum proprium*. Santiago de Chile, Chile: Cuadernos de extensión jurídica, 35-55.
- Bullard, A. (2010). Los fantasmas sí existen : la doctrina de los actos propios. *IUS ET VERITAS*, (40), 50-62. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12140/12705>.
- Casado, L. (2009). *Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.
- Cassagne, J. C. (1992). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

- Cassagne, J. C. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledeo Perrot.
- Chico, J. M. (1985). Ferreira Rubio, Delia Matilde: La buena fe. El principio general en ' el Derecho civil. Editorial Montecorvo, 1984. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (556), 261-264.
- Coloma, R. (2016). Interpretación de Contratos: Entre Literalidad e Intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (26), 9-47. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000100001.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de Septiembre de 1993). Exposición de Motivos 80 de 1993. *Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992*.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (Veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010)) Sentencia: 25000232600019940049201. [C.P: Enrique Gil Botero].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)) Sentencia: T-336/97 [M.P: Jose Gregorio Hernandez Galindo]
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (veinticuatro (24) de julio de 2000) Sentencia: T-947/00 [M.P: Alejandro Martinez Caballero]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (Veintidós (22) de agosto de 2001) Sentencia: C-892/01. [M.P: Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)) Sentencia: T-122/15 [M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008)) Sentencia: 2001-06915-01 [M.P: William Namén Vargas]
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)) Sentencia: T-122/15 [M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Cubides, J. (2005). *Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

- Ekdahl, M. F., (1989), *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Eyzaguirre, C, y Rodríguez , J. (2013). Expansión y Límites de la Buena Fe Objetiva - A Propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos". *Revista chilena de derecho privado*, (21), 137-216. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200005>.
- Facco, J. (2009). El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino. *Revista de Derecho Privado*, (16), 149-167. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/511>.
- Franco, M.A. y Bernal, A. (2016). Colisión de principios y argumentación judicial: El derecho colectivo al espacio público. *Ambiente Jurídico* 19. 125-144.
- Ferreira, D.M. (1984). *La buena fe: El principio general en el Derecho Civil*, Madrid, España: Ed. Montecorvo.
- Gajardo, M. C. (2010). Buena fe y Derecho del Trabajo. *Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1 (2), 15-31. Recuperado de: <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/43049/44986/>
- Galiano, M. y Gonzales, D. (2012). La integración del derecho ante las lagunas de la Ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. *Dikaiaon*, 21 (2), 431-458. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>.
- Garrido, L. M. R. (2008). Las Desigualdades Negociales y la Trascendencia del Poder en la Negociación Contractual. *Vniversitas*, (115), 213-246. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14583/11765>.
- Gillet, C. (2015). *La buena fe contractual*. Santiago, Chile: Universidad Católica De Chile.
- Gonzalez, C. (2011). *El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Revocación Directa de los Actos Administrativos* (Tesis de Maestría). Recuperado de: <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/710/EL%20PRINCIPIO%20DE%20CONFIANZA%20LEGITIMA%20EN%20LA%20ACTUACION%20DE%20LA%20A>

[ADMINISTRACION%20COMO%20LIMITE%20A%20LA%20REVOCACION.pdf?sequence=1](#).

Gonzalez, J. (1983). *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*.

Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como Académico de número, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, España. Recuperado de: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>.

Herrera, F. y Mahecha, A. (2011). Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia. *Derecho y Realidad*, (18), 7-74.

Recuperado de:

http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4890/3980.

Hurtado, J. V. (2015). La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad emptio spei o emptio rei speratae en el contrato de compraventa de cosa futura. *Iustitia*, (13), 35-57. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979036>.

Ivanega, M. (2009). *El Principio de Buena Fe en los Contratos Administrativos*. Recuperado de: <http://derechoydebate.com/admin/uploads/53a867e859474-miriam-ivanega-el-principio-de-buena-fe-en-los-contratos.pdf>.

Jaramillo, C. (2012). *La Doctrina de los Actos Propios en el Ámbito Contractual. Significado Y Proyección de la Regla Venire Contra Factum Proprium Non Valet* (Tesis Doctoral).

Recuperado de:

https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123004/1/DDP_carlosjaramillo_doctrinaActosContractual.pdf.

Larenz, K. (1958). *Derecho de las obligaciones*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Largo, A. (2012). *Tensión entre la autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.

López, M. (2009). La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación. *Vniversitas*, (119), 189-222. Recuperado de:

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14492/11691>.

- Lorenzetti, R. (2001). Esquema de una teoría sistemática del contrato. En: A. Alterini, J.L. De Los Mozos, y C.A SOTO, *Instituciones del derecho privado. Contratación contemporánea*. Perú y Colombia: Palestra y Temis, 25-49.
- Martínez De Correa, L. (2006). Hacia una perspectiva pluridimensional de la concepción filosófica del derecho. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 11(35), 67-82. Recuperado de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162006000400005&lng=es&tlng=es.
- Mesa Valencia, A. F. (2013). *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- Montero, M. (2006). Notas sobre el impacto de la formación del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticadas. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Colección Derecho Privado*, (3), 115-129. Recuperado de: http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/Notas_impactoconsentimiento_sofisticadas_MarceloMontero.pdf.
- Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de derecho, universidad del norte*. (30), 30-74. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003.
- Monsalve, V. (2010). *Responsabilidad Precontractual*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Morales, R. (2006). La doctrina de los actos propios entre el negocio jurídico y el contrato. Historia de una importación impracticable e injusta. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (89), 111-137. Recuperado de: https://works.bepress.com/romulo_moraleshervias/5/.
- Morales, R. (2008). Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (116), 43-57. Recuperado de: https://works.bepress.com/romulo_morales/4/download/.

- Mosquera, L. S. (2011). *La buena fe en la contratación administrativa*. Madrid, España: Editorial Académica Española.
- Neme Villarreal, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista Derecho Privado*, (11), 79 a 123.
- Neme, M. L. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, (17), 45-76.
- Neme, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Ordoqui, G. (2011). *Buena Fe en los Contratos*. Colombia, México, España y Argentina: Temis, UBIJUS, Reus y Zavalía.
- Ospina, R. (2010). Principio de la Buena Fe y Responsabilidad de la Administración Pública. *Estudios de Derecho* 67 (149), 189-213. Recuperado de: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/8634/7968>.
- Padilla, R. A. (2013). Por una Correcta Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios. *Revista chilena de derecho privado*, (20), 135-183. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100004>.
- Pájaro, L. (2013). *El Contenido del Principio de la Buena Fe Análisis de la relación contractual del tercer adquirente en pública subasta judicial*. Barranquilla - Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Norte y Editorial Ibañez.
- Pardo, N. E., y Hernandez, C. A. (2013). La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico. *Criterio Jurídico Garantista*, (8), 124-134. Recuperado de: <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/420/404>.
- Plata, L. C., y Monsalve, V. (2014). La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y*

- CIENCIAS POLÍTICAS* 44, (120), 17-46. Recuperado de:
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2679/2330>.
- Rico, L. (2006). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá, Colombia: Leyer Editorial.
- Rivero, Y. E. (2017). *La interpretación del contrato administrativo*. Sevilla, España: Editorial Universidad de Sevilla.
- Ruiz, W. (2010). *Responsabilidad del estado y sus regímenes*. Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- Salah, M. A. (2008). Las Doctrinas de los Actos Propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, (2). 189-202.
 Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126901/Las-doctrinas-de-los-actos-propios-y-de-la-proteccion-a-la-apariencia.pdf?sequence=1>.
- Sirvent, N. (2002). *El Pacto de Permanencia en la Empresa*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Solarte, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, (108), 282-315. Recuperado de:
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14730/11880>.
- Tomillo, J. L., y Gozalo, V. (2009). Aportaciones al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. En: C. Arranz y M. Serna (Coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*. Madrid, España: PUBlCan – Ediciones de la Universidad de Cantabria, 982.
- Torres, L. A. (2016). El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (15), 267-272. Recuperado de:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4595/5283>.
- Valencia, H. (1996). Panorama de una nomoárquica general. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 97, 10-32. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5620607.pdf>.

Valés Duque, P. (2012). *La Responsabilidad Precontractual*. Madrid, España: Editorial Reus.

Vattier, C. (1987). La interpretación integradora del contrato en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil* 40, (2), 495-524. Recuperado de:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1987-20049500524.

Viana, M. J. (2007). El Principio de Confianza Legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Vignolo, O. (2011). La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública: Postulados básicos y transformaciones. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44(131), 783-813. Recuperado de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200010&lng=es&tlng=es.

Zusman, S. (2005). La Buena Fe Contractual. *Themis: Revista de Derecho* 51, 19-30.

Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110795.pdf>

Artículo II. Las Aclaraciones al Pliego de Condiciones, como Criterio Obligatorio de Interpretación de los Contratos Estatales

Resumen

Como parte de la carga de claridad exigible a las entidades públicas en la configuración del Pliego de Condiciones, éstas deben cumplir con el deber de información derivado de la buena fe, poniendo al tanto de los interesados toda la información relevante que pueda afectar el contrato. Los interesados por su parte en virtud de su deber de debida diligencia, también propio de la Buena Fe, deben desplegar los actos necesarios para informarse de todas las condiciones que puedan afectarles. En esta dinámica precontractual resultan relevantes las observaciones y aclaraciones al pliego de condiciones, por las cuales los interesados pueden participar en la configuración del contrato y de cuya respuesta puede provenir la decisión de participar o no en el proyecto. En el marco de la Buena Fe y la Doctrina de los Actos Propios tales aclaraciones al pliego de condiciones, aun cuando no hayan sido vinculadas al contrato o al pliego mediante una adenda, le resultan obligatorias a la entidad en la interpretación del texto contractual, siempre que se atiendan los particulares requisitos que la doctrina y jurisprudencia han establecido para hacer exigible un acto propio dentro de una relación jurídica.

I. Introducción

Dentro de los deberes asumidos por las entidades públicas en el marco de la Ley 80 de 1993, se encuentra la denominada carga de claridad, que les impone la obligación de establecer reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la confección de ofertas de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta del proceso de selección respectivo, lo que se traduce en una correcta ejecución del contrato celebrado.

Este deber, propio de la condición de contrato predisposto de la que goza el contrato estatal, hace que la posibilidad legal que tienen los interesados en desarrollar el proyecto, de presentar observaciones al pliego de condiciones, cobre gran relevancia en la medida en que se constituye en la forma en que estos pueden participar en la confección del contrato.

Sin embargo, no siempre las respuestas que brinda la entidad pública a tales observaciones, son vinculadas al texto final del contrato, lo que implica un problema jurídico al momento de la ejecución del contrato, consistente en el alcance interpretativo que deben dar las partes o el juez del contrato al texto finalmente suscrito, en relación con las aclaraciones que sobre el mismo, realizó la entidad contratante durante el proceso de contratación.

Dada la inexistencia de un parámetro legal expreso que brinde una solución a dicha problemática, en las siguientes líneas se pretende determinar el alcance obligatorio de las aclaraciones y manifestaciones que realiza una entidad pública durante el proceso de selección, como criterio de interpretación del contrato estatal en el marco de la buena fe y la de la doctrina del acto propio, manifestación propia de ésta última.

II. La Carga de Claridad y las Observaciones al Pliego De Condiciones

El contrato estatal es por esencia un contrato bilateral (Rosero, 2011, p. 193) (Rico, 2006, p. 234) y conmutativo (Patiño, 2008, p. 11) (Santofimio, 2009, p. 16) lo que implica que durante la etapa de configuración del contrato, hay una manifestación de voluntad de las partes en el acuerdo y celebración del contrato, el cual deberá contener una equivalencia de cargas para cada una de ellas, objetivamente considerada, elemento de relevancia en materia del mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, la bilateralidad del contrato estatal, por regla general no es predicable del mismo modo que el derecho privado, pues en éste, con algunas excepciones como las asociaciones público privadas de iniciativa privada²³, por un lado es la entidad contratante la que cuenta con la facultad exclusiva de diseñar los pliegos de condiciones y las condiciones del contrato²⁴ de acuerdo a los intereses superiores que le son encomendados²⁵, encontrando como limites el principio de legalidad²⁶, el interés general y el deber de planeación²⁷ (Castro, 2015, p. 102-113), y por el otro el particular interesado decide acogerlas o aceptarlas con la presentación

²³En las APP de iniciativa privada es el particular originador quien estructura el proyecto y las reglas contractuales del mismo, las cuales son revisadas y aprobadas por la Entidad Pública correspondiente. Sobre la estructuración privada de este tipo de proyectos ver (Gonzales, 2014, p. 24-25)

²⁴ En palabras de Martinez y Leal (2011, p.228), el pliego de condiciones es el documento más importante de la contratación estatal, por cuanto en el mismo están contenidos los requisitos que debe cumplir el particular que desea contratar con el Estado, así como las reglas que regirán durante el proceso de selección y durante la ejecución del contrato, y por tanto resulta importante reducir al máximo la arbitrariedad en su configuración mediante la inclusión de reglas proporcionales, ojalá estandarizadas. Esta preocupación ha sido solventada en Colombia de forma parcial por la ley 1882 de 2018, norma que establece los pliegos tipo para contrataciones de obra pública y sus interventorías y consultorías.

²⁵ Como anota Monroy (2016, p.139) el fin de la contratación estatal en un estado social de derecho, corresponde al cumplimiento el interés general, siendo el contrato estatal uno de los instrumentos en lo que se vale el Estado para cumplir sus fines, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración del particular contratista.

²⁶ Güechá (2008, p. 57) sostiene que los contratos al ser actos de la administración no pueden escapar al sometimiento del principio de legalidad, el cual implica tres aspectos de control: (i) la normativa jurídica (ii) la jerarquía normativa y (iii) igualdad jurídica y razonabilidad.

²⁷ Fase que le permite establecer los aspectos de importancia para el proceso de contratación, identificando las necesidades que motivan a la administración pública a contratar, la cual se expresa en el objeto contractual debidamente delimitado. (Amaya, 2016, p. 111)

de su oferta, lo que lo hace un contrato de adhesión. (Herrera, 2005, p. 210) (Marrienhoff, 2011, p. 46)

Lo anterior implica que la etapa en donde el particular interesado puede plantear su posición sobre las condiciones finales que debería tener el acuerdo, es la etapa de observaciones al pliego de condiciones y al contrato, pues es en la misma en la cual los interesados están facultados para advertir las dudas que sobre el contrato a celebrar tengan, así como los errores o mejores alternativas técnicas y económicas al contrato, las cuales, en todo caso, pueden ser o no acogidas por la Entidad. Justamente Campillo (2006, p. 92-93), sostiene que ésta es una de las etapas en las que se pretende acercar al particular a la discusión de las cláusulas del contrato.

Ésta es una manifestación del principio de transparencia que incluye el Estatuto General del Contratación Pública. En efecto, a propósito del cambio de concepción de los contratos que celebra la administración generado por la ley 80 de 1993, que implicó el paso de una relación de subordinación a una relación de coordinación entre la partes, (Herrera, 2005, p. 25-26)²⁸, el Estado asumió nuevas responsabilidades en beneficio del particular contratista, enmarcadas en los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y responsabilidad (Ley 80, 1993, Art. 23).

El principio de transparencia en palabras de Palacios (2010):

“busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más

²⁸ En términos similares ver: Benavides (2007)

clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir «aun en los casos de contratación directa o urgencia.” (p. 56-57)

Dentro de estas responsabilidades se encuentra la denominada carga de claridad²⁹ derivada del principio de transparencia, regulado por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que según afirma (Herrera, 2005,)³⁰ implica que:

“los pliegos de condiciones deberán precisar los requisitos para participar en el concurso o licitación, los costos y calidad de los bienes, obras o servicios cuya oferta se reclama, se señalarán reglas claras y precisas para que los proponentes puedan determinar efectivamente qué se les demanda” (p. 65)

La carga de claridad, derivada del principio transparencia, que se constituye en un deber legal de la administración, a nuestro juicio, es una manifestación misma de la buena fe negocial, pues no es más que la materialización del deber de información sobre el cual se han referido ampliamente en materia del derecho privado.

Justamente Chinchilla (2011) sostiene que el deber de información, emanado de la buena fe, consiste en:

“dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre

²⁹ Término adoptado por el Consejo de Estado. Entre otras ver sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 16041, 2006.

³⁰ En términos similares lo plantea Matallana (2013, p. 45) y Rodríguez (1994, p. 85)

otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes” (p. 30).³¹

Así para Parra (2013, p. 21) el deber de información debe recaer sobre toda aquella información que pueda afectar la decisión de la contraparte.

Este deber de la Entidad Pública contratante, materializado en la ley 80 de 1993 bajo el principio de transparencia ya referido, se ve alimentado de parte de los futuros proponentes, por la posibilidad legal³² que se les ha otorgado de presentar sus observaciones, en relación con las reglas de contratación y el futuro contrato.

Esta posibilidad de presentar observaciones, a nuestro juicio y en contrapartida al deber de información a cargo de la entidad pública, hace parte del deber de debida diligencia o autoresponsabilidad a cargo de los interesados, pues la buena fe no sólo impone el deber de informar sino además el de informarse, lo cual implica que cada parte debe buscar la información sobre aquellos aspectos que puedan afectarle o que le resulten esenciales (De la Maza, 2010, p. 1711-1712) y por tanto el hecho que uno de los contratantes no se informe lo suficiente es un acto de irresponsabilidad contractual. (Albiez, p. 172)³³

Lo anterior guarda relación con las tesis sostenidas por el Consejo de Estado, según las cuales, la planeación también es exigible a los contratistas. Así pues dicha corporación ha

³¹ El autor español Stiglitz (1997, p. 46) haciendo un análisis del deber de información en materia de los contratos de consumo en derecho privado, sostiene que dicho deber cobra tal trascendencia que, la información suministrada en período de tratativas, una vez perfeccionado el contrato, se integra al contenido del mismo.

³² Ver Artículo 24° De la Ley 80 de 1993 y Artículo 8° de la Ley 1150 de 2007.

³³ El consejo de Estado en sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012), hace un análisis de la aplicabilidad del deber de información y autoresponsabilidad en materia de negocios celebrados por el Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 22043, 2012).

sostenido:

“la Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal”³⁴

Ahora bien, de tales observaciones, debe porvenir, por obligación legal prevista en el artículo 8º de la Ley 1150 de 2007, una respuesta motivada de la entidad pública, que justifique por qué acoge o no las recomendaciones o solicitudes de cambio hechas por los interesados y en el marco de la carga de claridad que le compete, de ser el caso, aclare aquellos apartes del pliego de condiciones que los interesados encuentran confusos o respecto de los cuales se hayan propuesto mejores alternativas, a efectos que la entidad “pueda ajustar a derecho o precisar técnica y económicamente los pliegos de condiciones” (Rico, 2006, p. 206).

Así, de tales aclaraciones al texto del pliego y del contrato, puede provenir la decisión del interesado de finalmente adherirse o no al mismo.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 07001 23 31 000 2007 00021 01(36117) 2017.

Lo anterior, otorga una gran importancia a los procesos precontractuales en materia de entendimiento del negocio a celebrar, pues como sostiene Chinchilla (2011, p. 330-331), el deber de información encuentra su razón, por un lado en el conocimiento desigual que pueden tener los contratantes sobre el negocio y en segunda medida en formar adecuadamente el consentimiento del contratante.

Efectivamente, en materia contractual pública, por regla general, es la entidad contratante quien desarrolla la estructuración del proyecto y en tal medida se constituye en la Parte que cuenta con el mayor acceso de información sobre el mismo, en tal medida, resulta fundamental el proceso de observaciones del pliego pues en efecto contribuye a la carga de claridad permitiendo una mejor comprensión del objeto a contratar y con esto la formación adecuada del consentimiento del proponente. Lo anterior, sin excusar la autorresponsabilidad del interesado anteriormente referida, en virtud de la cual deben informarse sobre el objeto del contrato, ya sea solicitando las aclaraciones correspondientes, estudiando los documentos técnicos, visitando la obra, etc.

Así, aun cuando el contrato estatal resulta por esencia solemne, es decir, que para su perfeccionamiento debe consignarse por escrito (Santaella, 2011, p. 142) el entendimiento exteriorizado que sobre el texto contractual tengan las partes y particularmente la entidad que lo redactó, en este caso representado en la respuesta a una observación de un interesado o a una aclaración del pliego, representa un elemento relevante en la interpretación del contrato en caso de presentarse una controversia sobre el mismo.

Sin embargo, siendo entonces el contrato estatal solemne, ¿puede la entidad estatal desconocer válidamente una aclaración realizada durante el proceso de selección, bajo el entendido que la misma no fue vinculada al texto contractual por una adenda al pliego o al

proyecto del contrato?

Para poder responder este cuestionamiento, debemos acudir a las reglas de interpretación del contrato Estatal, al principio de la buena fe, pasando por un breve análisis que sobre esta materia se ha desarrollado en materia de derecho contractual privado.

III. Análisis de la Materia en el Derecho Privado.

Ha sido en materia del derecho privado en donde se ha estudiado el alcance de las manifestaciones realizadas por los contratantes durante la etapa precontractual y su incidencia en la aplicación o interpretación del contrato finalmente suscrito, como parte del deber de coherencia que compete a las partes en el marco de la buena fe³⁵.

En efecto, durante la etapa de tratos negociales previos, como se ha denominado el periodo de negociación del contrato entre las futuras partes previo a la oferta, la doctrina ha sostenido ampliamente que quienes participan de la misma tienen una serie de deberes derivados de la buena fe.

Sin embargo, tales enunciados han sido desarrollados por la doctrina moderna, pues con anterioridad, no se concebía la posibilidad de que existiera responsabilidad en la etapa de negociaciones previo a la oferta.

Ciertamente, el autor Alemán Rudolf von Ihering quien fue el precursor de la teoría de la culpa in contrahendo, como advierte Orrego (2006) siguiendo a Boffi Boggero, concebía que “La “culpa in contrahendo” presupone “oferta”; las meras tratativas, en cambio, no originan

³⁵ La buena fe ha sido reconocida como parámetro esencial en materia contractual pública y privada. Ver por ejemplo: Solarte Rodríguez (2004, p. 288), Neme (2006, p. 85-86), Monsalve (2008, p. 37), Rosero (2011, p. 57), Herrera (2005, p. 83-84), Barra, y otros (1982, p. 15).

responsabilidad.”(p. 3-4)

No obstante y como expone ampliamente Orrego (2006) tales proposiciones fueron mutando en el tiempo, pasando por autores como Gabriel Faggella³⁶ y Raymond Saleilles³⁷ llegando al punto que la doctrina actual, reconoce la existencia de una etapa previa al contrato e incluso a la oferta, denominada tratos negociales previos o negociaciones preliminares, en la cual surge una responsabilidad de los futuros contratantes, derivada principalmente de la buena fe.

Así el citado autor destaca que los tratos negociales previos cobran relevancia, entre otras funciones, “porque el intercambio de puntos de vista entre las partes, puede coadyuvar a una mejor interpretación del negocio jurídico que en definitiva se logra alcanzar.” Orrego (2006, p. 14)

Una aproximación similar tienen Díez Picazo y Roca (2002), al analizar las normas del *Principles of European Contract Law* (PECL) en los siguientes términos:

Constituye una cuestión muchas veces debatida la de si las declaraciones o las afirmaciones que uno de los contratantes ha hecho sin que hayan quedado incorporados en un documento contractual, deben tener alguna trascendencia en el contrato. El supuesto clásico es el del vendedor que atribuye a las cosas vendidas especiales cualidades distintas de aquellas que, de acuerdo con el contrato y con la ley, debe garantizar, o excluye determinados defectos sin hacer una especial promesa de garantía, aunque, naturalmente, el mismo problema puede suscitarse en otro tipo de contratos (p. ej. arrendamientos, etc.). Como ha sido señalado (cfr.

³⁶ Orrego (2006) pone de presente que para Fagella si puede existir una responsabilidad precontractual derivada de las actuaciones de las partes antes de la oferta derivada no de la culpa sino de la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones.

³⁷ Sostiene Orrego (2006), que Saleilles fue el primero en utilizar el concepto de responsabilidad contractual, que recae sobre los contratantes en la etapa de tratos negociales previos quienes deben actuar conforme a la equidad comercial y la buena fe y por tanto se hacen responsables ante la otra parte al terminar intempestivamente las negociaciones.

A. M. Morales Moreno, Información publicitaria y protección del consumidor, Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. VIII, pp. 676 y ss.), los antiguos autores franceses se plantearon ya esta cuestión dándole una respuesta afirmativa, cosa que aparece con claridad en Donello (ut venditor praestet quod de ea re dixit) y en Domat. Aunque la cuestión resulta difícil de resolver desde el punto de vista del declaracionismo o del voluntarismo, no cabe duda de que la buena fe impone la existencia de algún tipo de obligación al respecto. (p. 273,274)

En forma análoga sostiene Oviedo (2008) que, en el sistema europeo continental, se concibe que la importancia de los tratos preliminares se encuentra determinada entre otras funciones:

“por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no solo para determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del acuerdo negocial, sino también en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior a la perfección.” (p. 87)

Es esta función que atribuye el autor citado a los tratos negociales previos, la que cobra relevancia y tiene estrecha relación con la materia bajo estudio, pues como concluye el mismo, “los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución el contrato que se llegare a perfeccionar.” (Oviedo, 2008, p. 87)

Finalmente Neme (2006) sobre el particular sostiene:

“Ciertamente la buena fe comporta además adoptar en el cumplimiento del propio compromiso un comportamiento leal, propio de una persona honesta, que observe los

especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes, todo lo cual puede conducir a una interpretación de las obligaciones derivadas del contrato en términos que se aparten a la literalidad del mismo.” (p. 100-102)

Más adelante la misma autora advierte:

“Así mismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido, al igual que el comportamiento de una de las partes en la etapa pre-contractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte”. (p. 102)

Como se evidencia parte de la doctrina del derecho privado se ha ocupado del tema objeto de estudio, concluyendo que aquellas manifestaciones hechas por las partes durante la etapa precontractual, constituyen un elemento vinculante de interpretación del contrato más allá de la literalidad de las palabras.

Finalmente tales criterios han sido recogidos por normas internacionales como la Convención sobre Compraventa Internacional (art. 8.3) y los Principios Unidroit³⁸ (arts. 4.1, 4.2. y 4.3.) como sostiene Parra (2013) así como por las normas del Principles of European Contract Law (PECL) (Art. 6) según advierten Díez Picazo y Roca (2002)

No obstante, es importante advertir como anota Andrews (2014) que en el derecho inglés,

³⁸ La Autora española Teresa Rodríguez siguiendo las normas de the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PCCI) por su parte sostiene: “la fase precontractual cumple al menos tres funciones de gran importancia en relación con acuerdo al que conducen: de interpretación (artículos 4.3 PCCI) 16, de integración y de identificación de posible vicios de consentimiento.” (Rodríguez de las Heras Ballel, 2015, p. 1807)

a diferencia del derecho continental europeo,

“cuando se trata de interpretar los contratos escritos (a diferencia de los contratos verbales o escritos parcialmente), una parte no puede referir –sin previa autorización de su contraparte– a las negociaciones previas de las partes, lo cual se fundamenta principalmente en “i) la prevención de "incertidumbre e imprevisibilidad"; ii) el hecho de que a los terceros interesados no se les puede garantizar el acceso a dicha historia de la negociación; iii) las relaciones son muy cambiantes y por ello dicha prueba sería inoficiosa; iv) las impresiones que surjan de un solo lado podrían contaminar la investigación socavando el enfoque objetivo de la interpretación; y v) "los negociadores sofisticados bien podrían tentarse a dejar un rastro en el papel fruto de documentos egoístas y apenas una posición unilateral” (p. 43-44)

Ahora, en materia contractual pública si bien como advierte Caviedes (2011) se ha reconocido la existencia de una etapa de tratos preliminares o tratativas antes de la oferta, la doctrina se ha enfocado principalmente en estudiar las incidencias en materia de responsabilidad de las entidades públicas, por actos desplegados en la etapa de tratos preliminares cuando el contrato no se perfecciona³⁹ sin que se haya ahondado en la materia objeto de nuestro estudio. Sin embargo las tesis esbozadas pueden ser llevadas al derecho contractual público, con ciertas particularidades como entramos a exponer.

IV. La Buena Fe, la Doctrina del Acto Propio y la Interpretación del Contrato.

³⁹ Así por ejemplo Caviedes (2011) hace un estudio sobre los daños resarcibles derivados de la culpa in contrahendo causados por la administración por (i) la decisión arbitraria o injustificada de no abrir el proceso de licitación pública (ii) Revocatoria del acto de apertura de la licitación pública, antes de que los futuros participantes hayan comunicado sus posturas (iii) Revocatoria del acto de apertura luego de que han sido comunicadas alguna posturas (iv) Modificación sustancial de los pliegos de condiciones (v) Adjudicación ilegal del contrato y (vi) decisión de la entidad pública de no perfeccionar el contrato estatal. En términos similares ver a Mantero (2003).

En la parte inicial de esta investigación contenida en el primer artículo, tuvimos la posibilidad de presentar nuestro entendimiento sobre las reglas de interpretación del Contrato Estatal y la aplicabilidad de la buena fe en la hermenéutica del contrato. En dicho artículo concluimos que el estatuto general de contratación si establece un principio para la de interpretación del contrato, a la cual debe acudirse en todo momento. En efecto, como sostienen Pardo y Hernandez (2013, p. 126) el artículo 28 de la ley 80 de 1993, obliga a escoger la interpretación de las cláusulas del contrato que tenga en cuenta los fines y principios de la ley, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones recíprocas. En otras palabras, al intérprete le compete en todo momento acudir a los parámetros de la buena fe para establecer la real intención de las Partes incluso cuando por aplicación del artículo 13 del mismo estatuto, nos remitamos a las reglas de interpretación contenidas en el código de comercio y en el código civil.

Así mismo resulta relevante considerar que en Colombia, de conformidad con el artículo 1618 del código civil, se ha adoptado como criterio principal la interpretación subjetiva del contrato (Ospina y Ospina, 2000, p. 404), entiéndase aquella que pretende determinar la real intención de las partes más allá del tenor literal de las palabras (Diez Picazo, 2007, p. 487), para lo cual juega un papel fundamental la buena fe.

Pues bien, la buena fe en Colombia como sostiene la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sala Plena, C-071/04, 2004), constituye un postulado constitucional que resulta de gran trascendencia para el derecho público:

“de un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados”.

(Corte Constitucional, Sala Plena, C-892/01, 2001)

Como anota Viana (2007, p. 48) citando a Tafur Morales, la buena fe es “la lealtad, honradez, rectitud del móvil, en la celebración de o ejecución de los actos jurídicos” y la “convicción sincera de estar obrando conforme a derecho”.

Del anterior concepto se advierten las dos concepciones que la doctrina mayoritaria ha dado a la buena fe, la objetiva y la subjetiva.

El Consejo de Estado ha abordado lo atinente a la buena fe objetiva y las diferencias que la misma tiene sobre la convicción de obras conforme a la ley o el contrato, es decir sobre la buena fe subjetiva. En palabras de dicha Corporación:

“Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando

conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁴⁰

Justamente como sostiene el Consejo de Estado, es la concepción objetiva de la buena fe, la acogida por el legislador en la Ley 80 de 1993 Art. 28, al establecer como criterio de interpretación del contrato estatal, los mandatos de la buena fe⁴¹, sin perder de vista que en virtud del Artículo 13 de la misma norma, resulta aplicable al contrato estatal lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio según el cual “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos”⁴².

Ahora bien, de la Buena Fe se ha desarrollado el concepto de la Doctrina del Acto Propio⁴³, en virtud de la cual no es jurídicamente válido para una persona ir en contra de sus

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), 2012.

⁴¹ Sobre el particular la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 estableció: “Emanación directa de la normatividad de los actos jurídicos, es el principio de la buena fe, por virtud del cual los contratos deben ejecutarse de acuerdo con lo convenido y teniendo presente lo que por su naturaleza les pertenece. O sea que las partes tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado y el deber jurídico de cumplirlas de buena fe. Es sin duda ese el principal deber que corresponde a los contratantes. Sin embargo, además de la ejecución de las prestaciones específicas que del contrato emanan, se predicen una serie de deberes y derechos que orientarán la ejecución de todo contrato estatal, los cuales se fundamentan de un lado en los fines estatales que desarrolla el contrato y en el interés de alcanzar una utilidad económica con ocasión de la celebración del negocio por parte del contratista, por el otro. A estos deberes y derechos el proyecto les da particular importancia por cuanto se levantan como guía en el desarrollo del contrato (artículos 40. y 50.)”

⁴² La buena fe ha sido reconocida como parámetro esencial en materia contractual pública y privada. Ver por ejemplo: Solarte (2004, p. 288), Neme (2006, p. 85-86), Monsalve (2008, p. 37), Rosero (2011, p. 57), Herrera (2005, p. 83-84), Barra, y otros (1982, p. 15).

⁴³ Sobre la relación entre la doctrina del respeto por el acto propio y la buena fe ver: Viana (2007, p. 80), Bernal (2010, p. 258), Neme (2009, p. 67)

actos propios cuando éstos han generado confianza en su contraparte.

Como sostiene Corral (2010, p. 2), el respeto por el acto propio, ha sido identificado a lo largo de la historia por diferentes adagios, sin embargo el más recurrido es *Venire contra factum proprium non valet*, regla que fue utilizada por primera vez en roma por Ulpiano y que ha tenido diversos desarrollos a lo largo de la historia jurídica siendo actualmente aceptada por la mayoría de los tribunales del sistema latino continental bajo una estrecha relación con la buena fe; y que indica que no es permitido otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona, que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior.

Justamente como sostiene Viana (2007, p. 80) es el deber de actuar en forma coherente con los actos y decisiones anteriormente proferidos, es el deber de actuar con coherencia en el comportamiento y con ello la obligación de no hacer o de omisión cuando dicha coherencia se ponga en riesgo. ⁴⁴ Para López (2009,) se trata de una idea simple: “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.” (p. 191) y como indica Borda (2010):

“Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho.” (p. 35)

El deber de actuar coherentemente para el caso de la contratación estatal como advierte Mosquera (2011, p. 156), se encuentra recogido en la propia ley 80 de 1993, pes el artículo 4, impone el deber a la administración de conservar las condiciones técnicas, económicas y

⁴⁴ Para otros conceptos de la doctrina del respeto por el acto propio ver: Bernal (2010, p. 257), Solarte (2004, p. 290)

financieras existentes al momento de elaborar las propuestas, sin que su conducta pueda generar mayor onerosidad al contrato.

Pues bien, tal coherencia resulta fundamental en la materia bajo estudio, pues en líneas anteriores nos cuestionábamos si resulta factible que la entidad estatal desconozca válidamente una aclaración por ella misma dada durante el proceso de selección, o si por el contrario tal conducta implicaría defraudar la confianza de su contraparte. A las luces de las premisas esbozadas sobre la doctrina del acto propio pareciera ser claro que no le es permitido a la entidad contratante ir en contra de sus propios actos. Sin embargo es del caso precisar que la doctrina del acto propio es por su condición residual (Padilla, 2013, p. 146)), y por tanto los doctrinantes han establecido ciertos requisitos que deben cumplirse para su aplicación:

- (i) Una conducta inicial jurídicamente eficaz desplegada dentro de una relación jurídica, con la entidad suficiente para crear confianza en cualquier individuo razonable (por lo cual no caben las meras opiniones o conjeturas)⁴⁵. Se debe tratar además de una conducta ajustada a derecho, voluntaria y libre, lo que implica en materia contractual pública que la conducta debe enmarcarse en el principio de legalidad y en la legitimación del acto obtenida, como sostiene Amazo (2007), por medio de la autorización legal.
- (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo legítimo por la misma persona que objetivamente contradice palmaria y específicamente la conducta inicial⁴⁶ y

⁴⁵ Sobre este requisito ver: Bernal (2010, p. 261); (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-122/15, 2015); López (2009, p. 199), Borda (2010, p. 44); Salah (2008, p. 200)

⁴⁶ Al respecto ver: López (2009, p. 201), Bullard (2010, p. 59), (Borda, 2010, P. 47).

- (iii) Identidad de los sujetos o de centros de interés⁴⁷, requiriéndose además que quien ejecuta las acciones contradictorias detente la facultad para ejercerlas y que tal acto contradictorio no tenga una solución mediante otra institución jurídica.⁴⁸

Si tales requisitos son acreditados en un caso concreto, como sostiene Bullard (2010, p. 61), la consecuencia jurídica procedente es que la conducta contradictoria no tendrá amparo legal y por tanto no resulta jurídicamente admisible, implicando además la excepción en el ejercicio de derechos contrarios a la conducta inicial y por supuesto a la indemnización de perjuicios de la parte afectada, si estos son debidamente acreditados. (Jaramillo, 2012, p.342)

Ahora, cabe anotar que la figura de la Doctrina del Acto Propio ha sido aplicada por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa como emanación de la buena fe y bajo una estrecha relación con la confianza legítima. El Consejo de Estado sobre el particular ha sostenido:

“A propósito de la relación existente entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima, debe precisarse que de ambos se deriva para los administrados la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones o decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en virtud de las cuales se generó un convencimiento frente a determinadas materias.”⁴⁹

Lo anterior corrobora la procedencia de aplicar esta Doctrina, siempre que se atiendan los requisitos previamente expuestos. ¿Pero resulta aplicable la misma en la Fase Precontractual? La respuesta que debemos dar sin lugar a dudas es que si resulta aplicable. En efecto además de ser

⁴⁷ La Corte Constitucional indica que este requisito se ve satisfecho con la identidad del sujeto o de centros de interés que se vinculan en ambas conductas (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-122/15, 2015). Sobre el particular indica Bernal (2010, p. 264.) que esta identidad se presenta en tratándose de sujetos físicamente distintos pero cuyo centro de interés es el mismo.

⁴⁸ Ver: Padilla (2013) Borda (2010), Lopez (2009), Bernal (2010).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571), 2013

la buena fe un principio general del derecho, es también un postulado constitucional, y por tanto la misma resulta aplicable a todas las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, sea que éstas se desarrollen en sede precontractual o contractual. Es así como la norma legal contenida en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, reconoce que la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se deberán tener en cuenta los mandatos de la buena fe, de los cuales surge la prohibición de ir en contra de los propios actos⁵⁰.

V. Solución a la Cuestión Planteada

De acuerdo a lo planteado tenemos en primera instancia que si los requisitos para la aplicación de la doctrina del acto propio, son cumplidos en un caso concreto, no puede el interprete del contrato obviar los actos propios desplegados por las partes so pena de desconocer el artículo 28 de la ley 80 de 1993.

En tal medida, considerando que la falta de coherencia y respeto a los propios actos, siempre que se cumplan los requisitos esbozados, resulta reprochable jurídicamente a la luz de la buena fe, éste criterio interpretativo se torna obligatorio tanto para las partes como para el juez, de ser el caso. En otras palabras si bajo los parámetros de la buena fe no es jurídicamente aceptable a las partes ir en contra de sus propios actos, no puede entonces interpretarse el contrato sin que se tengan en cuenta aquellas manifestaciones y actos legítimos y lícitos realizados por las partes durante la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato que generaron una confianza legítima en su contraparte y más aún cuando dichas manifestaciones o actos provienen de la

⁵⁰ Precisamente y como se sostuvo en líneas anteriores el Consejo de Estado ha abordado tanto la problemática de la culpa in contrahendo, en sede precontractual, como también la aplicabilidad de la Doctrina del Acto Propio en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

parte a quien corresponde, por virtud legal, la redacción del contrato.

Así Valladares (20140) siguiendo a Díez Picazo, arguye que si una de las partes con su expresión o declaración:

“suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso, de lo que se sigue que las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe.” (p. 38)

¿Pero qué pasa entonces con las aclaraciones dadas durante el proceso de licitación que no fueron vinculadas al pliego de condiciones o al contrato mediante una adenda?

Para efectos de una respuesta concreta, resultará necesario analizar cada caso, sin embargo conforme lo dicho, podemos concluir de forma general que, con fundamento en la doctrina del acto propio, las aclaraciones dadas por la entidad estatal contratante durante el proceso de selección, le resultan obligatorias y por tanto deben considerarse de forma principal para efectos de interpretación del contrato en caso de controversia, siempre que (i) hayan sido expresas, inequívocas y lo suficientemente claras sobre el entendimiento, alcance o límites de una previsión contractual (es decir deben tener la entidad suficiente para generar confianza en los interesados) (ii) estén permitidas por la ley, así por ejemplo no podrá considerarse la aclaración correspondiente para la interpretación del contrato si la misma se refiere a un aspecto o circunstancia prohibida por la ley⁵¹ (iii) hayan sido emitidas por un funcionario competente. Este requisito debe valorarse en cada caso, pues es común que las entidades publiquen las aclaraciones de forma general en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) sin

⁵¹ Un ejemplo de esto sería que en una aclaración al pliego de condiciones la entidad indicara expresamente que renuncia a la aplicación de las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 en un contrato de obra pública.

que un funcionario en particular las firme, sin embargo, resulta claro que constituyen la voluntad expresada del ente público amparado en la legitimidad de su publicación en dicho sistema. (iv) hayan sido emitidas en el marco del proceso de selección correspondiente al contrato en el cual se presenta la controversia interpretativa, es decir debe existir identidad de sujetos o de centros de interés. Por tanto, por regla general no podrá considerarse una aclaración realizada en un proceso de selección diferente, aunque a nuestro juicio, resultaría posible de forma excepcional, para los casos de las entidades públicas que utilizan un modelo de contrato estándar y sólo respecto de aquellas previsiones que aplican de forma indistinta a diversos proyectos, así su objeto resulte diferente.⁵² (v) sean desconocidas con posterioridad por la misma entidad mediante una actuación palmariamente contradictoria. Lo anterior, pues de no existir tal contradicción, no existiría controversia alguna que ameritará la intervención del Juez en la interpretación del contrato (vi) no exista otra institución jurídica que regule la conducta contradictoria sea prohibiéndola o legitimándola.⁵³

Finalmente, resulta de importancia anotar que conforme lo analizado, a nuestro juicio, no puede considerarse que la aclaración al Pliego de Condiciones constituya un documento contractual, pues estaríamos contrariando el carácter solemne del Contrato Estatal. Lo que advertimos es que las aclaraciones que cumplan con las condiciones indicadas, constituyen un

⁵² Un ejemplo de esto es el caso de la Agencia Nacional de Infraestructura, entidad que para los proyectos de concesiones de cuarta generación, utilizó un modelo estándar de contrato, en el cual muchas de sus previsiones aplican de forma igual a todos los proyectos, aun cuando su alcance físico es distinto.

⁵³ Verbigracia no podrá considerarse que se está ante una controversia de interpretación del contrato en la cual se pretenda hacer valer una aclaración dada durante el proceso de selección, cuando una Entidad pública modifica unilateralmente el contrato estatal yendo en contra de sus actos propios anteriores, pues tal conducta tiene una habilitación y por tanto legitimación legal, que además comporta un efecto compensatorio en favor del contratista. De igual forma si la conducta contradictoria que pretenda desconocer la aclaración dada durante el proceso de selección es ilegal, la solución a la controversia no estará por los lados de la interpretación del contrato sino por la ilegalidad del acto.

parámetro obligatorio de interpretación para el operador judicial que busque entrañar la real intención de las Partes en cada caso concreto.

VI. Conclusiones

Teniendo en cuenta las ideas anteriormente esbozadas podemos concluir:

6.1 El contrato estatal es por esencia bilateral y conmutativo. Sin embargo, en el mismo, por regla general, es la entidad contratante quien predispone las reglas de selección y del contrato conforme la ley y el particular con la oferta se adhiere a las mismas.

6.2 En virtud del principio de transparencia corresponde a la entidad pública contratante la carga de claridad, en virtud de la cual debe establecer reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la confección de ofertas de la misma índole. Lo anterior, a nuestro juicio, constituye una manifestación del deber de información derivado de la buena fe.

6.3 La etapa de observaciones al Pliego de Condiciones, se constituye en el mecanismo de los interesados de participar en la configuración del contrato. La misma, además de un derecho de los mismos, manifiesta el deber de autorresponsabilidad de los interesados en la obtención de la información que les resulte relevante para la ejecución del contrato.

6.4 De toda observación por virtud legal debe provenir una respuesta motivada de la entidad pública. De tal respuesta puede provenir la decisión de un interesado en presentar la oferta correspondiente.

6.5 La doctrina del derecho privado se ha ocupado del tema objeto de estudio, concluyendo que aquellas manifestaciones hechas por las partes durante la etapa

precontractual, constituyen un elemento vinculante de interpretación del contrato más allá de la literalidad de las palabras.

6.6 La Buena Fe se constituye en un principio fundamental en materia de interpretación del contrato estatal, según dan cuenta las voces del artículo 28 de la ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 83 constitucional.

6.7 La Doctrina del Acto Propio se erige como una manifestación propia de la Buena Fe y en virtud de la misma, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, no le es posible a una persona desconocer válidamente o ir en contra de sus propios actos previos, cuando éstos han generado confianza en su contra parte.

6.8 De conformidad con el artículo 28 de la ley 80 de 1993, puede concluirse de forma general que en aplicación a la Doctrina del Acto propio, las aclaraciones dadas por una entidad pública le resultan obligatorias y por tanto deben ser consideradas al momento de interpretar el contrato si las mismas (i) tienen la entidad suficiente para generar confianza en los interesados (ii) están permitidas por la ley (iii) hayan sido emitidas por un funcionario competente. (iv) hayan sido emitidas en el marco del proceso de selección correspondiente al contrato en el cual se presenta la controversia interpretativa. (v) sean desconocidas con posterioridad por la misma entidad mediante una actuación palmariamente contradictoria, y (vi) no exista otra institución jurídica que regule la conducta contradictoria sea prohibiéndola o legitimándola. Sin embargo, el análisis de estos requisitos deberá realizarse en cada caso de acuerdo a las condiciones particulares que se presenten en el mismo.

VII. Lista de Referencias:

Las ideas contenidas en este escrito las hemos basado en las siguientes obras doctrinarias y jurisprudencia:

- Amazo Parrado, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(2), 181-203. Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345/291>.
- Andrews, N. (2014). La interpretación de los contratos por escrito en inglaterra. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 39-56.
- Amaya, C. F. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista VIA IURIS*, (20), 105-119. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273949068006.pdf>.
- Barra, R., Cassagne, J., Dromi, J., Gordillo, A., Ottonello, N., & Sanchez, E. (1982). *Contratos administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfresco y Ricardo Depalma S.R.L.
- Benavides, J. L. (2007). *El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, M. (2010). La Doctrina de los Actos Propios y la Interpretación del Contrato. *Vniversitas*, (120), 253-270. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>.
- Borda, A. (2010) La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina. En: H. Corral Talciani (Ed.), *Venire contra factum proprium*. Santiago de Chile, Chile: Cuadernos de extensión jurídica, 35-55.
- Bullard, A. (2010). Los fantasmas sí existen : la doctrina de los actos propios. *IUS ET VERITAS*, (40), 50-62. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12140/12705>.

- Campillo, C. E. (2006). *Celebración y ejecución de contratos estatales*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Castro, A. C. (2015). *La Discrecionalidad Administrativa en la Estructuración de los Pliegos de Condiciones en la Licitación Pública* (Tesis de Maestría). Recuperado de:
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13141/TESIS%20DISCRECION%20ADMINISTRATIVA%20PUBLICAR.pdf?sequence=1>.
- Caviedes, J. E. (2011). *La responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual: actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales*. (Tesis de Maestría). Recuperado de:
<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/225>.
- Chinchilla, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, (21), 327-350. Recuperado de:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992/2636>.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de Septiembre de 1993). Exposición de Motivos 80 de 1993. *Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992*.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (Veintiséis (26) de Abril de 2006) Sentencia: 666001-23-31-000-1997-03637-01(16041) [C.P: Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (Veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010)) Sentencia: 25000232600019940049201. [C.P: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)) Sentencia: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), [C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)) Sentencia: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571), [C.P: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (primero (1°) de junio de dos mil diecisiete (2017) Sentencia: 07001 23 31 000 2007 00021 01(36117), [C.P: Ramiro Pazos Guerrero].

Corral, H. (2010). La raíz histórica del adagio “*Venire contra factum proprium non valet*”. En: H. Corral (Dir.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de los Andes, 19.33.

Corte Constitucional, Sala Plena. (Veintidós (22) de agosto de 2001) Sentencia: C-892/01. [M.P: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena. (Tres (3) de febrero de 2004) Sentencia: C-071/04. [M.P: Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)) Sentencia: T-122/15 [M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez]

De la Maza, I. (2010). Casos realmente difíciles los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia. *Anuario de Derecho Civil* 63, (4). 1683-1723.

Recuperado de:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40168301723.

Diez Picazo, L., y Roca, M. E. (2002). *Los Principios del derecho europeo de contratos*. Madrid, España: Civitas.

Diez Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid, España: Civitas-Thomson.

González, C. A. (2014). De los avances legislativos en asociaciones público – privadas –APP-: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris* 10, (1), 21-31. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a03.pdf>.

Güechá, C. N. (2008). Una propuesta de desaparición de la acción contractual, en el control de los contratos administrativos. *Opinión Jurídica* 7, (13), 53-74. Recuperado de: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/viewFile/99/83?phpinfo=1>.

Herrera, B. (2005). *Contratos Públicos*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Herrera, F. y Mahecha, A. (2011). Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia. *Derecho y Realidad*, (18), 7-74. Recuperado de:

http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4890/3980.

Jaramillo, C. (2012). *La Doctrina de los Actos Propios en el Ámbito Contractual. Significado Y Proyección de la Regla Venire Contra Factum Proprium Non Valet* (Tesis Doctoral). Recuperado de:

https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123004/1/DDP_carlosjaramillo_doctrinaActosContractual.pdf.

- López, M. (2009). La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación. *Vniversitas*, (119), 189-222. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14492/11691>.
- López, M. J. (2011). El error en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. En: K. J. Albienz (Dir.), *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona, España: Atelier, 167-193.
- Mantero, E. (2003). Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*(4), 125-153.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Martínez, J. D. y Leal, A. (2011). Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (19), 223-268. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13739/11047>.
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Monroy, N. (2016). Acciones constitucionales frente a la contratación estatal. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas VII*, (13), 117-166. Recuperado de: http://www.ilae.edu.co/Ilae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/90/80.

- Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de derecho, universidad del norte*. (30), 30-74. Recuperado de:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003.
- Mosquera, L. S. (2011). *La buena fe en la contratación administrativa*. Madrid, España: Editorial Académica Española.
- Neme, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista Derecho Privado*, (11), 79 a 123.
- Neme, M. L. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, (17), 45-76
- Orrego, J. A. (2006). De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociables previos. *Entheos*(5), 249-277.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2000). *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Oviedo, J. (2008). Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. *Vniversitas*, (115), 83-116.
- Padilla, R. A. (2013). Por una Correcta Aplicación de la Doctrina de los Actos Propios. *Revista chilena de derecho privado*, (20), 135-183. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100004>
- Palacios, J. A. (2010) *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sanchez.
- Pardo, N. E., y Hernandez, C. A. (2013). La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico. *Criterio Jurídico Garantista*, (8), 124-134. Recuperado de:
<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/420/404>

- Parra, N. (2013). La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual. *Revista de Derecho Privado*, 50, 1-34. Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/3600/360033221003/6>.
- Patiño, J. E. (2008). Presunciones en Contratación Estatal. *REVISTA PRINCIPIA IURIS* 9, (9), 47-68. Recuperado de:
<https://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/472/505>.
- Rico, L. (2006). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá, Colombia: Leyer Editorial.
- Rodriguez de las Heras Ballel, T. (2015). La Etapa Precontractual. En: *Estudios sobre el futuro código mercantil*. Getafe, España: Universidad Carlos III de Madrid, 1801-1820.
- Rodriguez G. H. (1994). *Nuevos Contratos Estatales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Wilches.
- Rosero, B. C. (2011). *Contratación estatal: manual teórico práctico*. Colombia: Ediciones de la U.
- Salah, M. A. (2008). Las Doctrinas de los Actos Propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, (2). 189-202.
 Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126901/Las-doctrinas-de-los-actos-propios-y-de-la-proteccion-a-la-apariencia.pdf?sequence=1>
- Santaella, H. (2011). La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado.

Revista de Derecho Fiscal, (3), 139-160. Recuperado de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2701/2346>.

Santofimio, J. O. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-57, Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>.

Sirvent, N. (2002). *El Pacto de Permanencia en la Empresa*. Valencia, España: Universidad de Valencia.

Solarte, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, (108), 282-315. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14730/11880>.

Stiglitz, R. (1997). La Obligación Precontractual y Contractual de Información. El Deber de Consejo. *Estudios Sobre Consumo*, (42), 43-54. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-precontractual-contractual-50679632>.

Valladares, E. (2014). *La Inobservancia del Deber de Buena Fe como Causa de Incumplimiento Contractual*. (Tesis de Maestría). Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/27464/1/La%20Inobservancia%20del%20Deber%20de%20Buena%20Fe%20como%20Causa%20de%20Incumplimiento%20Contractual%20-%20Eugenio%20Valladares%20Bonet%20%28versi%C3%B3n%20E-Prints%29.pdf>.

Viana, M. J. (2007). *El Principio de Confianza Legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.