

**LIMITACIONES A LA ADENDA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ANÁLISIS
A LA LUZ DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

AUTOR:

OLGA LORENA CIFUENTES GIRALDO

DIRECTOR:

GERMÁN LOZANO VILLEGAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
BOGOTÁ, COLOMBIA, 2018

Resumen

A pesar de la importancia del pliego de condiciones en la contratación estatal, ni su estructuración ni su modificación se encuentran expresamente reglamentados en la ley en cuanto al alcance de su contenido, en este contexto, se tiene que los aspectos referentes a la definición, naturaleza y alcance del pliego de condiciones, así como las consecuencias propias de una inadecuada estructuración y modificación de los mismos se encuentran desarrolladas en Colombia mediante la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, cuando los pliegos de condiciones requieren ser modificados, ya sea por iniciativa de la entidad o como resultado del análisis de las observaciones presentadas por los proponentes, encontramos la figura jurídica de la adenda, que, en razón a la concepción anterior es considerada excepcional, pero resulta utilizada con frecuencia en la práctica jurídica contractual. En el presente trabajo se aborda la problemática que surge en consideración a la escueta regulación que existe en la formación y modificación del pliego de condiciones que lleva a administración a la aplicación de principios en la toma de decisiones al respecto. Esta situación da cabida a una posible transgresión del principio de legalidad, entendido éste como un bloque de legalidad donde asume dos esferas siendo la primera de ellas, la específica de la referencia a la Ley, y la otra, la legalidad con referencia a los principios, valores e interpretación jurisprudencial, emanadas del estudio del ordenamiento positivo y que en realidad orientan la aplicación de la norma y a las consecuencias propias de dicha transgresión.

Palabras clave: fines del Estado, principios de la contratación estatal, pliego de condiciones, adendas, discrecionalidad, nulidad, responsabilidad.

Abstract

Despite the importance of the statement of conditions in State hiring, neither its structure nor its modification are expressly regulated by law as to the scope of its content, in this context, it has that aspects relating to the definition, nature and scope of the specification, as well as the inadequate structuring and modification of the same effects are developed in Colombia by the doctrine and jurisprudence. However, when the statement of conditions documents requires to be modified, either on the initiative of the entity, or as a result of the analysis of the comments submitted by the proponents, we find the legal figure of the addendum; that, because of the previous design it is considered outstanding, but it is frequently used in contractual legal practice. This paper deals with the problem that arises in regard to the simple regulation that exists in formation and modification of the statement of conditions which leads the public entity to the implementation of principles in the decision-making in this regard. This situation gives place for a possible breach of the principle of legality, understood this as a block of legality that assumes two spheres being the first one of them, specific reference to the law, and the other, “the legality with reference to the principles, values and interpretation jurisprudence, emanating from the study of the ordering positive and that actually guide the application of the law and to the effects of such transgression.

Key words: State purposes, principles of public procurement, statement of conditions, addendum, discretion, nullity, responsibility.

Tabla de contenido

Tabla de contenido	4
Capítulo Primero: La escasa reglamentación del Pliego de Condiciones y de su modificación, como la principal causa de las decisiones discrecionales, en materia de contratación, en la etapa precontractual y sus consecuencias	12
1. La planeación del contrato como elemento fundamental para la satisfacción efectiva del interés general	12
1.1. Herramientas de la planificación del contrato.	17
1.2. El Pliego de Condiciones como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales.	20
1.3. El contrato estatal como instrumento con el que se finaliza la etapa precontractual.	27
2. La adenda mecanismo establecido por la ley para modificar el Pliego de Condiciones	29
2.1. Características.....	29
2.2. Inclusión de la Adenda en la normatividad contractual pública.....	31
2.3. Limitaciones legales y jurisprudenciales a la adenda.	32
2.4. Otras figuras jurídicas qué podrían considerarse modifican el pliego de condiciones y su relación con la Adenda.	35
3. Los principios de la contratación estatal como límite a la modificación del Pliego de Condiciones.....	43
3.1. Principios y Reglas.	44
3.2. Principios que guían la contratación pública desde la Ley y la Jurisprudencia colombiana.	47

3.2.1. Principios propios de la Ley 80 de 1993 - transparencia, economía y responsabilidad.....	48
3.2.1.1. Principio de transparencia, artículo 24.....	48
3.2.1.2. Principio de economía, artículo 25.	49
3.2.1.3. Principio de responsabilidad, artículo 26.	51
3.2.2. Principios generales del derecho.	62
3.2.3. Los principios particulares del derecho administrativo.	64
3.2.4. Principios que nacen de la Ley 1150 de 2007.	65
3.2.5. Principios emanados de la jurisprudencia.	68
4. La discrecionalidad en la aplicación de los principios de la contratación estatal en la elaboración y modificación del pliego de condiciones	70
5. Análisis jurisprudencial de las actuaciones más recurrentes de la administración que han generado la nulidad del contrato o de los actos precontractuales	77
Capitulo Segundo. Elementos esenciales del Pliego de Condiciones como límite a la modificación del mismo.....	81
1. Elementos esenciales, fundamentales o sustanciales del Pliego de Condiciones a la luz de la jurisprudencia.	81
2. La nulidad del contrato estatal como consecuencia de la vulneración de los principios aplicables a la contratación estatal.	88
2.1. Las nulidades en general.	88
2.2. Nulidad absoluta y nulidad relativa.	90
2.3. La nulidad del pliego de condiciones como causal de nulidad del contrato.	96
2.3.1. Configuración y Causales.	96
3. La adenda y los elementos esenciales del pliego de condiciones	99

3.1. Elementos esenciales del Pliego de Condiciones en el marco de aplicación de los elementos esenciales del contrato.	99
3.2. Analogía.	100
3.3. Elementos esenciales del contrato.....	103
4.Reglamentación del pliego de condiciones como mecanismo para reducir la discrecionalidad en su modificación.	114
5. Pliegos tipo como una de las maneras de combatir la discrecionalidad administrativa en la estructuración y modificación del pliego de condiciones.	116
Conclusiones.	124
Referencias	128

Introducción.

La contratación estatal se requiere para satisfacer una necesidad o cumplir con una obligación propia de la entidad. En tal sentido tenemos que, conforme a la Constitución Política de Colombia de 1991, son fines esenciales del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios constitucionales y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden público, político y social justos, por lo que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Es así como el contrato estatal es el instrumento a través del cual las entidades estatales desarrollan los principios emanados de la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia para cumplir con los fines del Estado y conseguir la satisfacción del interés general.

Para la formación del contrato, se requiere, independientemente de la modalidad de selección, de la estructuración del pliego de condiciones como un acto precontractual, el cual tiene especial relevancia toda vez que el mismo contiene las reglas de los procesos contractuales que regirán no solo para la selección del contratista idóneo, sino que también determinan las reglas del futuro contrato.

La contratación estatal ha tenido un desarrollo importante en Colombia, lo que ha generado la necesidad de una serie de análisis en materia contractual, partiendo desde la naturaleza inmodificable de los pliegos de condiciones, no obstante, cuando dicho documento requiere ser modificado, ya sea por iniciativa de la entidad o como resultado del análisis de las observaciones

presentadas por los proponentes, encontramos la figura jurídica de la adenda, que, en razón a la concepción anterior es considerada excepcional, pero resulta utilizada con frecuencia en la práctica jurídica contractual.

A pesar de la importancia del pliego de condiciones en la contratación estatal, ni su estructuración ni su modificación se encuentran expresamente reglamentados en la ley en cuanto al alcance de su contenido. En este contexto, se tiene que los aspectos referentes a la definición, naturaleza y alcance del pliego de condiciones, así como las consecuencias propias de una inadecuada estructuración y modificación de los mismos, se encuentran desarrolladas en Colombia mediante la doctrina y la jurisprudencia.

Conforme a lo expuesto, la normatividad respecto a la adenda se encuentra encaminada únicamente en lo que respecta a su definición y expedición en tiempo y ha sido la jurisprudencia la que ha impuesto los límites basados en principios aplicables a la contratación estatal y a la orientación de no modificar los elementos esenciales o sustanciales del pliego de condiciones, sin embargo, como veremos en el presente trabajo, el Consejo de Estado tampoco ha podido definir o llegar a un consenso en lo que podría considerarse como elemento esencial del pliego de condiciones dadas las particularidades propias de cada proceso de selección.

Ahora bien, la presente investigación se desarrolla fundamentalmente sobre las modificaciones que pueden realizar las entidades públicas a los pliegos de condiciones con la finalidad de brindarle al lector los elementos propios de los alcances y limitaciones de la adenda como mecanismo exclusivo para su modificación, para lo cual se evidencia el panorama tan amplio con el que se encuentra el servidor público al momento de modificar el pliego de

condiciones en la aplicación de los principios de la contratación estatal, sin profundizar en cada uno de ellos, con la finalidad de contextualizar la dificultad que existe en la escogencia de los mismos para definir una situación específica en la expedición de las adendas.

Lo anterior dado que, acorde con lo manifestado, en la práctica contractual la estructuración y modificación del pliego de condiciones no se realiza con el conocimiento suficiente y necesario de su alcance, límites y consecuencias propias de una condición o modificación.

Esta falta de conocimiento, se genera en gran parte porque a pesar de ser el pliego de condiciones uno de los instrumentos fundamentales en la contratación estatal, su reglamentación actual se limita a lineamientos generales y dispersos contenidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2011 y en el Decreto 1082 de 2015, cuya aplicación se basa especialmente en principios, los cuales permiten su interpretación y aplicación de acuerdo a las circunstancias que rodean una determinada situación, lo que genera una delgada línea entre lo permitido y lo no permitido, tanto en la estructuración de las condiciones de contratación como en la modificación de las mismas.

La inadecuada estructuración y modificación del pliego de condiciones conlleva consecuencias tan nefastas para la contratación estatal como lo son, entre otras, sobrecostos administrativos, adquisición de bienes o servicios de mala calidad o innecesarios, la nulidad de los actos precontractuales y como consecuencia de ello del contrato, que generan lesiones tanto para la administración como para los administrados o colaboradores, debido a que no se satisface de manera adecuada la necesidad requerida por el Estado generando traumatismos administrativos, económicos y sociales.

De acuerdo al análisis jurisprudencial que se realiza en el presente trabajo, se identifican las actuaciones más recurrentes de la Administración que han producido la nulidad del pliego o del contrato y con base en ellas, se plantea una posible solución que evite esta clase de consecuencias para la efectiva satisfacción del interés general en desarrollo de los principios de transparencia y selección objetiva, basado en los elementos esenciales del pliego de condiciones, para lo cual se tiene en consideración, la finalidad de la Ley 1882 de 2018 y la existencia, aplicación y efectividad de los pliegos tipo como complemento a la solución planteada.

Con base en lo expuesto, surge el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan de la escasa reglamentación frente al alcance de la modificación de los pliegos de condiciones mediante adendas? Este, se trata de resolver a través de la siguiente hipótesis: La existencia de una reglamentación expresa sobre el contenido y alcance del pliego de condiciones y sus modificaciones, contribuye a la disminución de la vulneración de principios en la contratación estatal y de las consecuencias propias de dicha vulneración, entre ellas la nulidad del pliego de condiciones y del contrato.

El presente trabajo tiene como objetivo general contribuir al desarrollo de una propuesta jurídica que posibilite complementar de manera específica los límites existentes en la normatividad colombiana en general, frente a la estructuración y modificación del pliego de condiciones como instrumento principal de la contratación estatal y como objetivos específicos los siguientes:

1. Determinar si los límites existentes para la modificación del pliego de condiciones mediante adenda permiten o facilitan la toma de decisiones objetivas al respecto.

2. Determinar conforme al análisis jurisprudencial cuál es la actuación más recurrente de la administración que ha generado la nulidad del pliego de condiciones o del contrato.
3. Plantear una propuesta que contribuya a disminuir la discrecionalidad que existe en la modificación del pliego de condiciones propendiendo de ésta forma, a la efectiva satisfacción del interés general como objetivo único de la contratación estatal.

En este entendido, este trabajo, procura ser de gran utilidad tanto para las personas que estructuran y modifican los pliegos de condiciones como para los posibles proponentes, pues en un solo documento, de manera ordenada se describe y establece la naturaleza y alcance del pliego de condiciones así como los límites en su estructuración y modificación y las consecuencias de su inadecuada elaboración, conforme a lo establecido en la ley, la doctrina y la jurisprudencia colombiana, y en este entendido, se plantea una posible solución para cerrar la brecha de discrecionalidad existente en la estructuración y modificación del pliego de condiciones, con la finalidad de evitar al máximo las consecuencias adversas de una decisión contraria a la ley y, de ésta manera, contribuir con la efectiva y eficiente satisfacción del interés general como fin principal del Estado que se materializa a través de la contratación estatal.

Lo anterior, permitirá a la Administración contar con elementos idóneos para la adecuada estructuración y modificación del pliego de condiciones, así mismo, le permitirá contar con argumentos para responder las observaciones que se presenten en el proceso contractual y para su defensa en caso de un litigio.

Desde el punto de vista de los posibles oferentes, se pretende de igual manera, contribuir como una herramienta que le permita debatir u observar de manera adecuada y acertada las

reglas contenidas en el pliego de condiciones en busca de que los procesos contractuales tengan como única finalidad la satisfacción del interés general, garantizando su participación en condiciones de igualdad con los demás interesados.

El diseño de la presente investigación es teórico y documental, de tipo descriptivo, histórico, propositivo y jurisprudencial, en el cual a través de la recolección de datos que no son cuantitativos, se describe la realidad de la situación planteada tal y como se presenta, con lo que se pretende mostrar un tema fundamental de la contratación estatal; esto es las dificultades en la estructuración y modificación del pliego de condiciones así como las consecuencias propias de la vulneración de la norma y la jurisprudencia que puede presentarse en esta clase de actuaciones. Dicho lo anterior, los datos nos permitirán mejorar el nivel de información y su aplicación práctica proponiendo medidas que permitan aminorar dichas consecuencias.

Capítulo Primero: La escasa reglamentación del Pliego de Condiciones y de su modificación, como la principal causa de las decisiones discrecionales, en materia de contratación, en la etapa precontractual y sus consecuencias

1. La planeación del contrato como elemento fundamental para la satisfacción efectiva del interés general

Juan Carlos Expósito Vélez (2017) ha planteado que “La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, garantizador de la legalidad y del interés general como pilares fundamentales dentro de la sociedad actual”. (pág. 65)

Ahora bien, el deber de planeación se elevó al nivel de principio sobre el entendido de la eficiencia que debe caracterizar las actuaciones administrativas, así como una manifestación del principio de economía, en este sentido “es necesario que los contratos estatales estén debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y así satisfacer el interés público. Omitir dicho deber conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto” (Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2013 Expediente No. 27315) , Además de ello es importante entender que:

El proceso de planeación no puede ser improvisado, porque el contrato no es el fruto de la discrecionalidad de la administración, sino el resultado de un trámite reglado, donde se imponen requisitos de conformación del mismo y en esa medida, nace la obligación de establecer normas que regirán todo el procedimiento administrativo de contratación.

(Güecha Medina, 2015, pág. 52)

Adentrándonos en el concepto de la planeación como principio de la contratación pública, tenemos que “no se encuentra delimitada de forma conceptual, sino que, por medio de presupuestos o referentes, se dan guías que sirven para darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal en general (art. 25 de la Ley 80 de 1993)”. (Aponte Díaz, 2014, pág. 181).

Frente a este principio determinante dentro de los procesos de contratación estatal, La Procuraduría General de la Nación, se pronunció frente a su alcance indicando que “el principio de planeación es una manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta

disposición ” (Cuellar Cruz, Maria Lorena - Procuraduría General de la Nación, 2010, pág. 8), a su vez, este ente de control define como función del Principio de Planeación el de:

Garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación; en consecuencia, en virtud de este principio, cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica (Cuellar Cruz, Maria Lorena - Procuraduría General de la Nación, 2010, págs. 8-9).

Por otra parte, La Sección Tercera del Consejo de Estado, refiriéndose al deber de planeación y a las consecuencias de su ausencia en los procesos contractuales, ha establecido que “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de enero de 2016. Expediente 34454) , así mismo hace un importante llamado a los colaboradores del Estado al cumplimiento de deberes como:

“Ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros” (Consejo de Estado, Sala de

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de enero de 2016.

Expediente 34454).

Es así como el principio de planeación toma especial relevancia dentro de la etapa precontractual, puesto que determina de manera rigurosa, la necesidad que pretende satisfacer la entidad a través del futuro contrato; es de tal entidad este principio, que la jurisprudencia lo ha hecho propio también de los proponentes como colaboradores de la administración, los cuales tienen el deber de poner en conocimiento de la entidad las deficiencias que por su experticia evidencien en la etapa precontractual que pudieran generar la no ejecución o ejecución tardía del contrato. Es aquí donde nuevamente la adenda toma un papel importante en la modificación del pliego de condiciones, dado que se convierte en una herramienta que si bien está en cabeza de la entidad, puede ser utilizada como consecuencia de las observaciones que los colaboradores de la entidad realicen con miras a la adecuada satisfacción del interés general, en aplicación al principio de planeación, que como se expuso, conforme a la jurisprudencia, éste se encuentra en cabeza no solo de la entidad sino también de los particulares interesados en la contratación estatal.

Ahora bien, con el fin de delimitar los conceptos que componen la etapa precontractual, podemos afirmar la primera obligación de la administración en esta etapa se encuentra contenida expresamente en el artículo 25, numeral 12¹, de la ley 80 de 1993, como lo reconoce el autor Solarte Maya (2014) cuando establece que en esta etapa:

¹ Artículo 25 Principio de Economía, numeral 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Las autoridades estatales deberán publicar los estudios y documentos previos que servirán de soporte a la formulación de los pliegos de condiciones para que los particulares interesados en la formulación de ofertas tengan absoluta claridad acerca del objeto del contrato, así como la distribución de los riesgos propuestos por la entidad. (pág. 203).

En conclusión, de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado, el principio de planeación:

Tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir

las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato ,que se pretenda celebrar”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007. Expediente 15324).

De conformidad con lo expuesto, los contratos estatales deben estar debidamente diseñados y planeados para satisfacer de manera adecuada la necesidad de la administración que se pretende satisfacer y como consecuencia no podrán ser nunca producto de la improvisación, lo que implica que la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general.

1.1.Herramientas de la planificación del contrato.

La Ley ha determinado que hacen parte de la etapa de planeación contractual los estudios y documentos previos, los cuales se encuentran contenidos en el estudio previo y el pliego de condiciones.

En La Ley 80 (1993, artículo 25, numeral 7º) se planteó inicialmente y de manera general la definición de estudios previos cuando estableció: “La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación

al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”. Y posteriormente, en el numeral 12°, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, cuando estableció:

Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones según corresponda. (Ley 80, 1993, artículo 25, numeral 12°).

Tal concepto fija a los estudios previos como el instrumento que permite realizar “el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar”. (Cuellar Cruz, Maria Lorena - Procuraduría General de la Nación, 2010, pág. 11) sin embargo y para mayor claridad, a continuación, se hará un breve recuento general de su desarrollo legislativo, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993.

El decreto 2170 (2002, artículo 8°) definió los estudios previos como aquellos “encaminados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación, determinar las especificaciones técnicas y el valor del bien o servicio, y analizar los riesgos en los que incurrirá la entidad al contratar”, el Decreto 2474 de 2008 (reglamentó la Ley 1150 de 2007) definió y estableció el contenido mínimo de los estudios previos al artículo 3, el Decreto Nacional 734 de 2012, igualmente enlistó el contenido mínimo de los estudios previos en su artículo 2.1.1., sin embargo, estableció dos párrafos adicionales de los cuales se destaca el siguiente:

Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y **documentos previos** podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que **la**

modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo **implique cambios fundamentales** en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o norma legal que lo modifique, adicione o sustituya, y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura. (Decreto Nacional 734 de 2012, Artículo 2.1.1., Parágrafo 2°) (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En este punto es importante recalcar que el parágrafo previamente citado, contemplaba la posibilidad de modificar los documentos previos, entre ellos, el pliego de condiciones y de la revocatoria del acto si dicha modificación implicaba cambios fundamentales, lo que supone que la entidad para el caso concreto debe calificar dicha situación como fundamental o no.

Si bien, como veremos a continuación, este parágrafo fue eliminado con norma posterior, es importante resaltar el hecho de que el legislador buscaba establecer un límite más concreto para la modificación de los documentos previos (pliego de condiciones), al determinar que la modificación al mismo, no podría referirse a cambios fundamentales en el pliego de condiciones expresión demasiado amplia, general e imprecisa, que no resuelve realmente la situación, sino que por el contrario, pone tanto a la administración como al administrado a determinar qué podría ser considerado un elemento fundamental, llevándonos a la misma situación, sin resolver absolutamente nada, esto es, al apoyo en la jurisprudencia, la doctrina y los principios para establecer qué puede ser considerado como fundamental o no.

En este entendido, el parágrafo segundo del artículo 2.1.1. del Decreto Nacional 734 de 2012 relacionado en el presente capítulo, es pues un claro ejemplo normativo de lo difícil que ha

sido para la contratación estatal determinar alcances en las modificaciones de los documentos precontractuales, dado que teniendo la administración la facultad de calificar una situación definida en la ley de manera indeterminada, podría incurrir en afectación de los derechos de sus administrados.

Con posterioridad el Decreto 1510 de 2013 en su artículo 20 determina el contenido mínimo de los estudios y documentos previos, pero excluyó la posibilidad legal de revocatoria directa de los mismos frente sus modificaciones fundamentales. Estos mismos requisitos mínimos planteados fueron establecidos por el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.2.1.1.

De la evolución normativa respecto al contenido y demás precisiones de los estudios previos, es importante resaltar para el tema que nos ocupa, esto es, el alcance de la modificación del pliego de condiciones, que la definición de la necesidad contenida en los estudios previos, definirá en consecuencia la forma de satisfacerla; la naturaleza de la prestación requerida, el objeto del futuro contrato, el valor del mismo y la modalidad de selección, entre otros elementos que harán parte del pliego de condiciones y que en su momento, como veremos más adelante, tendrá que hacerse el análisis correspondiente frente a si es posible o no su modificación.

1.2.El pliego de condiciones como instrumento para el cumplimiento de los fines estatales.

De acuerdo a lo expuesto en el presente artículo de investigación, tenemos que la contratación estatal en Colombia tiene como propósito esencial el cumplimiento de los fines del

Estado y conforme a la Constitución Política de Colombia de 1991, es así como las entidades estatales cumplen con estos cometidos constitucionales a través de la contratación.

Los pliegos de condiciones se convierten entonces en el primer instrumento que permitirá desarrollar los fines del Estado, el mismo:

Corresponde a un acto administrativo de carácter general mediante el cual la administración, en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad de servicio público que pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo de los principios de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la administración seleccionar en forma objetiva la oferta más favorable, según criterios expresos de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales. (González López, 2010, pág. 26).

No obstante lo anterior, teniendo el pliego de condiciones un rol tan importante en la contratación estatal, ya que conforme a lo expuesto, en él se define el contenido del futuro contrato, en Colombia no existe una norma que de manera expresa lo regule, por tal razón su elaboración y estructuración son el resultado del ejercicio de una facultad discrecional, y unilateral de la administración, siendo esta última definida como “las prerrogativas que el ordenamiento otorga a la administración pública para que de manera unilateral pueda hacer prevalecer el interés general” (Expósito Vélez, 2005, pág. 11).

Así mismo, en palabras de Benavides (2004), contamos con que:

Las entidades de todo orden elaboran sus pliegos de condiciones según las directivas legales muy generales (...) La Ley 80 de 1993 se limita a establecer las líneas directrices para la buena formulación de las necesidades de la Administración, el contenido del contrato, el respeto de la libre competencia y los parámetros de selección de los contratistas que permitan una selección objetiva, sin determinar en forma alguna tipos específicos ni contenidos de los pliegos de condiciones. (pág. 296).

Los pliegos de condiciones en la etapa precontractual determinan “cuáles son los tramites a surtir en la misma; lo que implica, que la discrecionalidad no sea la característica esencial en este trámite, sino que el carácter reglado del mismo sea el que prime” (Güecha Medina, 2015, pág. 49).

Atendiendo a dicha naturaleza del pliego de condiciones su contenido es por regla general inmodificable, sin embargo, en la práctica es usual en la contratación estatal, la modificación del mismo mediante adendas, entre otras cosas porque “puede ser necesario superar ambigüedades y disposiciones contradictorias del pliego que puedan afectar la eficiencia y objetividad de la adjudicación y que se debe materializar en una modificación” (González López, 2010, pág. 31), y como lo ha definido el precitado autor, para efectos del control de legalidad, “debe entenderse que las modificaciones realizadas por la entidad mediante adendas hacen parte de él y resultan necesarias para determinar si el acto se encuentra conforme al ordenamiento jurídico superior” (González López, 2010, pág. 32).

Es así como, esta facultad discrecional en la elaboración y modificación del pliego de condiciones se encuentra sometida al principio de legalidad, el cual se somete a su vez no solo a lo establecido en las normas sino también en los principios y valores de forma que se define una nueva configuración de las normas.

En este sentido, el ejercicio de facultades discrecionales en la gestión contractual, les permite a los funcionarios públicos cierta autonomía en sus decisiones, las cuales se deben soportar o someterse no solo a la ley que los habilita, sino también a los principios y valores, que permiten un campo de interpretación en la aplicación de los mismos, lo que podría generar una desviación de poder, entendiendo este comportamiento como aquel “en que incurren los servidores públicos en donde sus actos tienen una apariencia de cumplir con el principio de legalidad (...) pero los fines de dichas actuaciones no están destinadas a garantizar el interés general” (Matallana Camacho, 2009, pág. 313), y las consecuencias propias del mismo, no solo frente a la responsabilidad personal del funcionario público, sino también frente al proceso contractual y el futuro contrato.

Respecto a los antecedentes normativos, tanto el Decreto – Ley 222 de 1983, como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, así como en los diferentes decretos reglamentarios, Decreto 2170 de 2001, Decreto 066 de 2008, Decreto 2474 de 2008, Decreto 2025 de 2009, Decreto 744 de 2012, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015 expedidos hasta la fecha, en su contenido de manera dispersa hacen referencia a algunos elementos generales que deben estar incluidos en el pliego de condiciones los cuales tienen relación con criterios de ponderación, de

adjudicación y de evaluación de las ofertas, así mismo, contemplan la posibilidad de ser modificados.

Conforme a lo expuesto se concluye que, respecto a la definición de pliego de condiciones, su naturaleza y alcance no se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que los contenga de manera expresa, por tal razón su desarrollo ha sido eminentemente doctrinal y en especial jurisprudencial.

En términos generales el acto administrativo es “aquella manifestación unilateral de la voluntad del Estado, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos”. (Rodríguez Tamayo, 2010, págs. 21-22).

Tanto la Jurisprudencia como la doctrina colombiana coinciden en que la naturaleza de los pliegos de condiciones es de un “Acto Administrativo de Carácter General” (Benavides, 2004, pág. 293), ya que por medio de este instrumento la Administración en ejercicio de potestades reglamentarias, que le son atribuidas en virtud de la ley, regula situaciones jurídicas de contenido general que aplican en igualdad de condiciones a todos los administrados que se sometan a sus exigencias, así lo define Benavides (2004), al afirmar que “el pliego de condiciones y los términos de referencia, tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos de carácter general, porque crean situaciones jurídicas a un número plural e indeterminado de personas a quienes se les invita públicamente a contratar” (pág. 293).

En estos mismos escenarios (jurisprudencial y doctrinalmente) se han presentado diferentes teorías o tesis respecto a que lo que sucede con el contenido del pliego de condiciones una vez se perfeccione el contrato. Al respecto se presentan dos tesis: La primera, considera el pliego de

condiciones con una doble naturaleza (naturaleza mixta)², el cual, en la etapa precontractual, es decir, durante el proceso de selección, es calificado como un acto administrativo de carácter general, sin embargo, una vez perfeccionado el correspondiente contrato, el pliego de condiciones pasará a ser parte de este como una estipulación contractual más.

Al respecto el Consejo de Estado ha determinado que:

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga. (...) “el pliego de condiciones según la normatividad actualmente vigente en Colombia no es un reglamento ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo —en tanto no se agota con su aplicación— y se expide en ejercicio de la función administrativa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 18059).

La segunda posición o tesis que plantear, considera al pliego de condiciones como acto administrativo de carácter general con efectos en la selección objetiva del contratista y en la ejecución del contrato de manera independiente, teniendo en consideración el carácter

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias No. 18059 de 2016, 17783 de 2008, 25642 de 2013, 24845 de 2014, 34454 de 2016

reglamentario del mismo. Así lo define el argentino Juan Carlos Cassagne (1999) cuando establece que:

El carácter reglamentario que cabe atribuir al pliego durante el procedimiento de selección no puede contradecirse con el argumento que, finalmente, sus prescripciones pasarán a ser parte integrante del contrato administrativo pues una situación similar se produce con los contratos civiles, que se integran con las normas imperativas y supletorias del Código Civil, las que no pierden por ello su peculiar naturaleza materialmente legislativa. (pág. 51).

Al respecto se pronuncia González López (2010) en el desarrollo de esta segunda postura, cuando plantea:

El pliego de condiciones regula el procedimiento de selección objetiva del contratista y el contenido y alcance del futuro contrato y se constituye en la actuación administrativa esencial de la contratación estatal (...) a tal punto que prevalece sobre el contrato perfeccionado y tiene efectos durante su ejecución. (pág. 35).

Esta posición es reafirmada por el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos dentro de los cuales se destaca la providencia del Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2002, Expediente 10.339.

Con todo, de manera independiente a si el pliego de condiciones es considerado parte del contrato ya sea como una estipulación de éste, o como parte del contrato que prevalece sobre él, es significativo destacar la importancia de éste documento en las relaciones contractuales ya que finalmente de una forma u otra hará parte de la ejecución contractual y, por lo tanto, determinará la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines estatales.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la contratación estatal es la satisfacción del interés general, la postura jurisprudencial que más se ajusta a contribuir con dicha finalidad, es aquella según la cual el pliego de condiciones es de naturaleza mixta, lo que implica que una vez suscrito el contrato, el pliego de condiciones pasa a ser parte del mismo como clausulado contractual es cual es susceptible de ser modificado, siempre y cuando dicha modificación no implique un cambio en sus elementos sustanciales.

1.3.El contrato estatal como instrumento con el que se finaliza la etapa precontractual.

Una vez suscrito en contrato estatal, termina la etapa pre contractual y se da paso a la contractual, en la cual se desarrolla la ejecución del contrato y con ella la satisfacción del interés general.

Acudiendo a la conclusión de Yong Serrano (2015), “se puede definir el contrato estatal como un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos” (pág. 12).

El contrato estatal se encuentra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...). (Ley 80, 1993, artículo 32).

Es así como el contrato estatal es la materialización de la etapa precontractual, en la cual, conforme al análisis realizado, la entidad define la necesidad que pretende satisfacer e inicia el proceso de contratación correspondiente en el que se expiden diferentes documentos, los cuales deben salvaguardar los principios de la contratación estatal, siendo el pliego de condiciones el documento que concreta la necesidad y establece los requisitos que deben cumplirse para su satisfacción, el cual a su vez hará parte del contrato.

En el plano de las modificaciones en la etapa contractual, se resalta que “la contratación pública surge para la satisfacción de una necesidad de la entidad, lo pactado en el contrato como consecuencia la autonomía de la voluntad, es ley para las partes (manifestación del principio de *pacta sunt servanda* – “Principio de fuerza obligatoria del contrato”)” (Momberg Uribe, 2013, pág. 10), por lo tanto, su modificación solo es procedente, siempre que la misma esté supeditada al interés general y que no se refiera a elementos esenciales del contrato.

En consideración al momento coyuntural que se encuentra atravesando Colombia que es, en palabras de Expósito Vélez (2016), “la posibilidad de terminar con tantos años de conflicto y la consecuente repercusión en la capacidad del Estado para cumplir de manera plena sus fines y funciones” (pág. 575), y en consideración que las entidades estatales cumplen con sus fines a través de los contratos, éste adquiere especial relevancia dentro del contexto planteado, toda vez que se convierte entonces en un instrumento que contribuye al proceso de paz en Colombia.

2. La adenda mecanismo establecido por la ley para modificar el Pliego de Condiciones

Las adendas, al igual que los pliegos de condiciones tampoco se encuentran reglamentadas en Colombia en cuanto a su contenido, por lo que su expedición, igualmente se realiza en ejercicio de una facultad discrecional.

El Diccionario Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española (2016) ha definido Adenda como “Del lat. *addenda* 'lo que ha de añadirse', pl. n. del gerundio de *addĕre* 'añadir'”, sin embargo, la legislación colombiana al consagrarla, específicamente el Decreto 1082 del 2015 en su artículo 2.2.2.1.1.1.3.1, ha definido la adenda como el “Documento por medio cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones”, en este sentido es menester desarrollar los elementos conceptuales, históricos, normativos y jurisprudenciales que giran en torno a la modificación del pliego de condiciones (adenda), con la finalidad de determinar los alcances de los mismos y cuáles son sus limitaciones.

2.1. Características.

La adenda permite el cambio del contenido del pliego de condiciones, sin embargo, es necesario tener en consideración que el pliego de condiciones es “un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que

lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999 Exp. 12344)

Ahora bien, la adenda es un acto administrativo, y por consiguiente debe estar fundamentada, so pena de ser nula tal y como lo afirma Pérez Ortiz (2013) al plantear que:

La jurisprudencia de la corte constitucional señala como vicio la falta de motivación de los actos, por esa sola circunstancia, viola el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP) (pág. 34).

En este sentido es menester describir sus características, siendo estas las siguientes:

1. La adenda es un acto administrativo, y como tal debe considerar, como lo establece Riascos Gómez (2008): a. La competencia de la autoridad administrativa, b. La voluntad en la expedición, el contenido, c. La motivación, la finalidad, d. La forma e. Y como elemento esencial y objetivo la publicidad o notificación de estos. (pág. 5).
2. Es el mecanismo utilizado para modificar los pliegos de condiciones antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, sin embargo, también puede utilizarse una vez vencido el mencionado término y antes de adjudicar el contrato, con la única finalidad de modificar el cronograma.
3. Si bien la adenda es un acto unilateral, la misma puede generarse, de acuerdo con el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, como consecuencia de las observaciones o modificaciones planteadas por los proponentes.

2.2. Inclusión de la Adenda en la normatividad contractual pública.

El estatuto de contratación estatal anterior a la Ley 80 de 1993, es decir el Decreto 222 de 1983, en su artículo 277, establecía la posibilidad de modificar el pliego de condiciones a través de adendos cuando la entidad aceptaba las observaciones presentadas por los interesados en el proceso contractual.

La Ley 80 de 1993, inicialmente no se refirió expresamente a la adenda, hasta 2011, cuando el Artículo 89 de la Ley 1474, modifica el inciso segundo del numeral 5 del artículo 30, en el cual se refirió al plazo para expedir adendas, sin embargo, no a su definición.

No obstante, los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993 hicieron referencia a la adenda, es así como el Decreto 2170 de 2002, en su artículo 21, establecía que dentro de los documentos que debían ser publicados en los procesos de contratación en la página web de la entidad se encontraban los adendos o aclaraciones, siendo el Decreto 066 de 2008, el que en su artículo 7, nuevamente definiría la adenda como el instrumento a través del cual se modificaba el pliego de condiciones, definición que se mantuvo en los decretos reglamentarios subsiguientes³. El mencionado artículo establecía:

Artículo 7°. Modificación del pliego de condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones

³ Decreto 2474 de 2008, artículo 7 ; Decreto 734 de 2012, artículo 2.2.4 ; Decreto 1510 de 2013, artículos 3 y 25 y Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.3.1 y 2.2.1.1.2.2.1

el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. (Decreto 066 de 2008, artículo 7)

Es así como, frente a la necesidad de modificar los pliegos de condiciones se contempló en la normatividad contractual administrativa la figura de la adenda, sin embargo, su creación, aunque específica, carece de técnica jurídica, pues en la actualidad, su contemplación normativa se refiere únicamente a definición y procedencia en el tiempo de esta, pero no se determina expresamente su alcance frente a las modificaciones a realizar, situación que será analizada a continuación.

2.3. Limitaciones legales y jurisprudenciales a la adenda.

Para entrar a analizar las limitaciones a la adenda debemos iniciar con el concepto hermenéutico del ordenamiento jurídico, entendiendo que va más allá de un conjunto de normas, así se ha pronunciado Peñaranda Ramos (2014), al afirmar que “Es un sistema, dotado de principios que le proporcionan unidad y coherencia, convirtiendo al conjunto en un todo, que no admite lagunas o, al menos, que permite su resolución cuando aquellas existen.” (pág. 3), en este

escenario, el artículo Art. 2.2.1.1.2.2.1. del decreto 1082 de 2015, estableció dos oportunidades en donde la adenda puede ser aplicada y las respectivas limitaciones, siendo estos los siguientes:

MODIFICACIONES PERMITIDAS	TÉRMINOS	HORARIO
MODIFICACIÓN GENERAL	Antes del plazo para presentar ofertas.	<i>días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, <u>salvo en la licitación pública</u> pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación</i>
MODIFICACIÓN AL CRONOGRAMA	Después del plazo para presentar ofertas y antes de adjudicar el contrato.	

*Tabla No. 1. Autoría propia.

Ahora bien, la norma no se encargó de delimitar qué se podía y qué no modificar, por lo anterior, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha marcado límites a dicha posibilidad, en este sentido se tiene que la Sección Tercera en Sentencia del 16 de septiembre de, del año 2013, Expediente 30571, estableció:

En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, **no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales.** (Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 16 de septiembre de, 2013, Expediente 30571) (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En este punto resulta claro, que dentro de los límites jurisprudenciales a las modificaciones generales de las que trata el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082 de 2015, se encuentra una prohibición de modificación de los elementos sustanciales del pliego de condiciones, sin embargo, antes de dilucidar cuales podrían ser estos elementos, es necesario recordar que el pliego de condiciones es un acto administrativo que contempla en primer término una necesidad de la administración en el desarrollo de sus funciones.

Siendo el pliego de condiciones un acto administrativo, el mismo contiene elementos sustanciales de orden legal general, como lo ha planteado la Corte Constitucional al precisar que:

Quando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir. Pero si sólo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace, pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-069 de 1995).

Así mismo existen para el pliego de condiciones requisitos normativos mínimos, relacionados a su contenido, en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del decreto 1082 del 2015.

Conforme a lo establecido en el inciso anterior si bien se encuentran definidos en la ley los elementos mínimos que debe contener el pliego de condiciones en cuanto a su contenido, no como acto administrativo, y si bien la jurisprudencia establece que no pueden ser modificados **aquellos requisitos fundamentales** o que hacen parte de la esencia del mismo, ni la ley ni la jurisprudencia establecen cuales son los requisitos esenciales del pliego de condiciones.

Tenemos entonces que las bases que fundan el contrato y de manera previa el proceso de contratación estatal, tienen como fin único la satisfacción del interés general, de modo que, la modificación de los actos precontractuales, como lo es el pliego de condiciones puede ocurrir solo bajo el cumplimiento de dos esquemas, el primero, que se demuestre que dicha modificación se realiza en procura del interés general y segundo, que se cumplan los requisitos y se surta el procedimiento determinado por la ley y la jurisprudencia para efectuar dichos cambios, de lo contrario se pueden generar graves consecuencias para todos los involucrados, partiendo de la validez del contrato celebrado (situación que degeneraría en la declaratoria de nulidad del mismo), las consecuencias económicas para el contratista, la disminución del erario y aquellas que título personal enfrente el funcionario público.

2.4. Otras figuras jurídicas qué podrían considerarse modifican el pliego de condiciones y su relación con la Adenda.

La ley contiene herramientas que permiten corregir errores de los actos administrativos o la inaplicación de algunas de sus estipulaciones que sean contrarias a la ley, por tal razón, a continuación, veremos dichas figuras y su relación con las adendas.

1. Al respecto el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA establece: Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan

presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla. (CPACA, Ley 1437 de 2011, artículo 41) (subrayado fuera de texto)

Así mismo, la Corte Constitucional determina: “el Código contempla una oportunidad para que el interesado, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, pida a la Administración que corrija las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa (art. 41), irregularidad que puede consistir en la omisión de la práctica de una prueba esencial para la decisión”. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 034 de 2014)

Es importante resaltar que esta facultad que tiene la Administración de corrección de irregularidades en la actuación administrativa se presenta con anterioridad a la expedición del acto administrativo correspondiente, lo que indica que frente al pliego de condiciones procedería en el evento que durante la publicación del proyecto de pliegos se evidencie alguna situación que deba corregirse en los pliegos definitivos. Esto quiere decir que una vez expedido el pliego de condiciones definitivo, el instrumento idóneo para ajustar las irregularidades o errores que se evidencien, será la adenda, lo que indica que son dos herramientas diferentes e independientes que podrían utilizarse para el mismo fin, pero que cada una de ellas aplica en un momento diferente de la actuación administrativa contractual.

2. En este mismo sentido el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA establece:

“Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los

términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda”. (CPACA, Ley 1437 de 2011, art. 45).

Al respecto la Corte Constitucional establece: “es importante destacar que la posibilidad de alteración del acto administrativo que prevé el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 está condicionada por la intangibilidad sustancial que, para la administración, tiene el acto expedido. En ese sentido, la norma en mención precisa que la corrección que adelante la autoridad en ningún caso “(...) dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto.”” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-412 de 2017).

Esta facultad contemplada en el artículo 45 en mención, para el caso que nos ocupa, se presenta con posterioridad a la expedición del pliego de condiciones y se diferencia de la adenda en que dicha actuación no necesariamente modifica el pliego de condiciones ya que puede referirse a una mera aclaración, no obstante lo anterior, cuando este ajuste de errores de forma supone la modificación del pliego de condiciones, el instrumento para materializar esta posibilidad de modificación es la adenda, lo que implica que deben considerarse los límites temporales y jurisprudenciales para su expedición.

3. El inciso final del artículo 24 de la ley 80 de 1993, referido al principio de transparencia establece que: “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o

dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”. (Ley 80, 1993, artículo 24).

En un sentido amplio, “la ineficacia hace referencia a todas aquellas situaciones en las cuales el negocio no produce efectos. En sentido estricto, se presenta cuando un negocio válidamente celebrado no produce efectos o cuando éstos decaen posteriormente”. (De Silvestri Saade, 2010, pág. 71).

“Así pues, dado que el pliego de condiciones goza de la naturaleza de un acto administrativo, ha de concluirse que la figura de la ineficacia -y por supuesto los efectos que de ella se desprenden- por expresa disposición de la Ley de Contratación Estatal, le será extensiva al clausulado del pliego de condiciones en cuanto se reúnan los supuestos de infracción de las reglas que el mismo estatuto se encargó de regular”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente 24845.)

En armonía con lo expuesto:

La Jurisprudencia de la Sala ha señalado que, cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente 27453.).

En tal sentido, ha determinado el Consejo de Estado que “el juez administrativo si puede inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15235.) Así mismo, el máximo tribunal en la sentencia en cita también estableció que tal inaplicación mencionada anteriormente:

No puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos. La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15235.).

En efecto, la Sala, con apoyo en la ley, ha considerado que los requisitos abiertamente ilícitos del pliego de condiciones son ineficaces y no deben tenerse en cuenta por el juez administrativo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Expediente 15963).

Conforme a lo expuesto en virtud del principio de transparencia aplica la ineficacia de pleno derecho para las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones que contraríen los

mandatos del mencionado principio y de la ley, no obstante lo anterior y a pesar del fuerte mensaje que se envía a la administración para la adecuada estructuración y modificación del pliego de condiciones, en consideración a la presunción de legalidad que tiene el pliego de condiciones como acto administrativo que es, no podría la Administración inaplicar directamente los apartes del pliego de condiciones que puedan ser ineficaces de pleno derecho, sino que tendrán que ser inaplicadas por el juez.

En este escenario, se destaca la importancia de la adenda como el instrumento que posibilita el ajuste al derecho y a los principios de contratación, de las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones que puedan ser consideradas eventualmente como ineficaces por parte del juez y como consecuencia, inaplicadas, pudiendo generar nulidad del contrato, si por ejemplo la adjudicación tuvo en consideración una condición que era ineficaz.

Es así como, en la modificación del pliego de condiciones mediante adendas “puede ser necesario superar ambigüedades y disposiciones contradictorias del pliego que puedan afectar la eficiencia y objetividad de la adjudicación y que se debe materializar en una modificación” (González López, 2010, pág. 31) (subrayado fuera de texto).

En efecto, el control de legalidad del contenido del pliego de condiciones es en un comienzo en vía administrativa, desde el momento que se pueden hacer observaciones a los denominados prepliegos, los cuales pueden constituir objeciones de legalidad, otorgándose a la entidad la facultad de acoger o sustraerse de las mismas, mediante acto debidamente motivado. De igual manera, como la plantea Ciro Nolberto Güecha Medina (2015): “Ante las estipulaciones contrarias a las previsiones del Estatuto Contractual, las mismas serán ineficaces dentro del

proceso administrativo de contratación, lo cual implica, que la entidad pública que adopta los pliegos tenga la obligación de someterse a postulados de legalidad en el contenido de los mismos”. (pág. 89).

Es importante resaltar la importancia del control de legalidad que tiene la administración frente al pliego de condiciones ya sea mediante la expedición de adendas o en el uso de las facultades de corrección de irregularidades en la actuación administrativa previas y posteriores a la expedición de los sus actos, para que la administración adecue a derecho sus actuaciones y de esta manera evitar la expedición de actos viciados de nulidad o que se generen decisiones inhibitorias, optimizando el tiempo y los recursos, en aplicación y desarrollo de los principios de eficacia y economía contemplados en el artículo 3 numerales 11 y 12 de la Ley 1474 de 2011, en virtud de los cuales: las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y para el efecto removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa (eficacia), así mismo deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas (economía).

Ahora bien, en el evento que el contenido del pliego de condiciones sea opuesto a la ley, o no esté conforme al interés general o cuando con ellos se pueda causar un agravio injustificado a una persona, y la administración no pueda corregirlos con las herramientas antes descritas (artículos 41 y 45 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA y la expedición de adendas) aún le queda

una actuación que le permite sanear esta situación y es la revocatoria del acto administrativo de apertura con lo cual consecuentemente se inaplicaría el pliego de condiciones. Esta revocatoria procede previo cumplimiento de los presupuestos que para tal efecto prescribe la ley así:

REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL	REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR
Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.	Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto (silencio administrativo), haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional. Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.
El Art. 77 de la ley 80 de 1993, establece que serán aplicables en las actuaciones contractuales las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función	Entonces una vez el acto administrativo de apertura se torne particular, no podrá revocarse sino con autorización del titular.

REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL	REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR
administrativa, el acto administrativo de apertura ES REVOCABLE, en principio por estas causales, pero una vez se presenten propuestas (haya proponentes) se torna en un acto administrativo de carácter particular, al cual le aplican las reglas de revocabilidad propias de un acto particular.	

Tabla No. 2. Autoría Propia.

3. Los principios de la contratación estatal como límite a la modificación del pliego de condiciones

Como punto de partida se hace indispensable determinar los principios aplicables a la contratación estatal a manera de contextualizar la situación en la que se encuentra el servidor público al momento de expedir adendas, aclarando que no se busca profundizar en cada uno de los principios ni su aplicación concreta en la modificación del pliego de condiciones; lo que se pretende con este aspecto es dar a conocer de manera general al lector la situación tan amplia y genérica en la que se encuentra la administración a la hora de definir su aplicación en la expedición de adendas, y de esta manera, comprender en mayor medida la dificultad en la aplicación de los mismos como límite para la modificación del pliego de condiciones.

Frente a la aplicación de los principios Arboleda Perdomo (2012) establece: “desde una perspectiva eminentemente práctica, corresponde decir que los principios cumplen al menos tres funciones dentro del mundo jurídico: sirven para interpretar la ley, para integrar las distintas

regulaciones y normas y permiten llenar los vacíos o lagunas que se presenten en las leyes. Por lo general, cuando es necesario aplicar un principio por insuficiencia de la norma positiva, este principio al mismo tiempo puede servir para interpretar integrar o incluso llenar vacíos de la ley”. (pág. 11).

El propósito de la expedición de la Ley 80 de 1993, era contar con un estatuto general de contratación basado en principios y responsabilidades, (Suárez Tamayo, 2010, págs. 122 -123), en este mismo sentido se tiene que:

El nuevo estatuto de contratación se caracteriza esencialmente por constituir un cuerpo normativo de principios y de reglas generales que deben regir la contratación de las entidades estatales (...) cuyas disposiciones buscan establecer lo necesario para que la gestión pública contractual se adelante con agilidad y eficiencia en el contexto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, (García González, 1994, pág. 29)

En este contexto, partimos de la diferenciación entre principios y reglas, así como la identificación de los principios desde la doctrina, la Constitución, la ley y la jurisprudencia colombiana.

3.1.Principios y Reglas.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 3 de diciembre de 2007⁴, establece:

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de dic de 2007, Exp. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado.

Para Ramón Ruíz Ruíz (2012), “Conviene recalcar que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas” (pág. 145) las cuales “ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas”. (pág. 145)

Así mismo, para Jiménez Gil (2008), la aplicación de las reglas no puede ser parcial, plantea que si “se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso su respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no se aplica y queda excluida del sistema jurídico.” (págs. 30-31), mientras que la aplicación de los principios no es total, por el contrario deben ponderarse respecto al hecho objeto de análisis, así pues el autor en cita estipula que:

El principio puede o no ser aplicado dependiendo de los criterios de razonabilidad del intérprete. Si decide no aplicar el principio y ponderar la aplicación de otro principio

diferente que se le opone, este hecho implica que el principio no desaparece, sino que simplemente es superado por otro principio de mayor fuerza o valencia. (Jiménez Gil, 2008, pág. 31).

Quiere decir lo anterior, que:

Las reglas, al tener una estructura de todo o nada, tienen una dimensión de valor, mientras que los principios al tener una estructura enunciativa tienen una dimensión de peso o importancia. Las reglas se miden y una es eliminada en beneficio de la otra. Los principios se pesan el más importante es privilegiado sobre el menos importante. (Jiménez Gil, 2008, pág. 43).

Ahora, frente a la definición de principios, Blanco Zúñiga (2002) los ha conceptualizado como “parte de los sistemas jurídicos, ya que de estos se desprende la base axiológica de las normas posteriormente codificadas, por eso no es necesario que queden reducidos a leyes, pues por sí mismos tienen validez universal”. (pág. 251).

Así mismo, han sido definidos por Bercaitz (1980), quien manifestó que “los principios jurídicos, constituyen los pilares que informan y conforman el Derecho que rige las relaciones jurídicas en el Estado” (pág. 190).

Conforme a lo expuesto, coinciden la doctrina y la jurisprudencia al determinar la obligatoriedad de la aplicación de los principios, por ser considerados los mismos como fuente del derecho, los cuales imponen una conducta a seguir en una determinada situación jurídica, así como una posible sanción por la inaplicación de estos.

En este contexto, a continuación, realizaremos un recuento de los principios que son aplicables en la contratación estatal, y por consiguiente imponen a los servidores públicos encargados de la contratación administrativa un lineamiento a seguir en la estructuración y ejecución de los contratos.

3.2. Principios que guían la contratación pública desde la Ley y la Jurisprudencia colombiana.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece los principios por los cuales se guían de manera general las actuaciones de la contratación pública, en este sentido, la antes mencionada norma los define como fundamentos del contrato estatal así:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Ley 80, 1993, artículo 23)

En este orden de ideas, los principios aplicables a la contratación estatal, conforme a la Ley 80 de 1993, se encuentran contenidos en: 1) Los propios de la Ley 80 de 1993, 2) Los principios generales del derecho, y 3) Los principios particulares del derecho administrativo.

Palacios Oviedo (2016), ha definido la función de los principios contenidos en la Ley 80 de 1993 así:

Los principios establecidos en el estatuto de contratación pública están dados para el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, por lo tanto, la aplicación de estos principios busca garantizar el interés general y la adecuada inversión de los recursos públicos (pág. 14).

3.2.1. Principios propios de la Ley 80 de 1993 - transparencia, economía y responsabilidad.

3.2.1.1. Principio de transparencia, artículo 24.

El Principio de Transparencia, en palabras de Martínez Herrera y González Salguero (2014): Preside el procedimiento de selección o escogencia objetiva del contratista, instituido para garantizar el pleno desarrollo de los principios, entre otros de: Imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. Esto implica, que la actividad contractual debe efectuarse de manera imparcial y objetiva, en igualdad de oportunidades y bajo el imperativo de la moralidad pública. (pág. 16).

Así mismo, este principio se desarrolla en el marco de la publicidad, la separación de poderes y en general la moralidad pública, pues busca atacar la corrupción garantizando “ 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” (Palacio Hincapie, 2010, págs. 56 - 57).

En este orden de ideas este principio de transparencia resaltó frente a las reglas que establece la administración en los procesos de contratación, que las mismas “deben ser claras y no inducir a error a los proponentes y contratistas, garantizando que su participación en el proceso contractual, sea el resultado de una propuesta económica, financiera y jurídicamente favorable, para las dos partes” (Quintero Poveda & Aguilar Caicedo, 2014, pág. 10).

Conforme a lo expuesto, el principio de transparencia impone a la administración, respecto de la elaboración del pliego de condiciones “establecer reglas claras, objetivas y justas, con miras de la selección objetiva del futuro contratista” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, Expediente 15005), en este entendido se tiene que las modificaciones a los pliegos de condiciones deben propender porque las mismas desarrollen dicho principio, queriendo decir lo anterior que las modificaciones plateadas por la administración, al ser parte integral del pliego de condiciones solo pueden obedecer a la satisfacción del interés general, cualquier desviación de dicho fin podría ser considerado como nugatorio de los principios de contratación, en tal sentido la transparencia, a su vez, desarrolla el principio de imparcialidad de la función administrativa.

3.2.1.2. Principio de economía, artículo 25.

La contratación estatal es un proceso que se encuentra revestido de trámites administrativos complejos y de control por parte de las entidades encargadas de vigilar el correcto desarrollo de

la función pública, por ello podemos afirmar como lo hace Campos Monge (2007), frente a las diversas dimensiones desde las cuales se aborda este principio, que:

En primer lugar, se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos estatales, ya que, por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar. De igual manera el principio de economía pretende aminorar a los que sean de probidad. Sea, las compras estatales, y los principios que las rigen, y por la presencia misma de personas que son funcionarios públicos, deben comprenderse bajo la inteligencia de una esfera ética o moral en las actuaciones públicas. (pág. 171)

Así mismo el Consejo de Estado ha sostenido que “con el principio de economía consagrado por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se persigue eliminar trámites, requisitos y en general procedimientos innecesarios que entraben o dilaten injustificadamente el proceso de contratación.” (Consejo de Estado. Sala de Consulta, Sentencia del 17 de abril de 1996. Expediente No. 240527)

En este sentido, debemos entender que el principio de economía *per se* ostenta dos caras, la primera es la economía propiamente dicha, es decir el dinero, la austeridad que debe revestir las actuaciones estatales, y en segundo lugar la economía en sentido abstracto, es decir sus procesos deben ser ágiles y funcionales.

En los términos anteriores, encontramos de gran importancia la aplicación estricta del principio de economía respecto a la elaboración de adendas para modificar los pliegos de condiciones dentro de los procesos de contratación estatal, pues en virtud de este se busca “asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los

máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007. Expediente 15324)

Por la razón anterior, la elaboración de cualquier adenda debe guiarse bajo el propósito de llevar a cabo los procesos contractuales de manera ágil, y en respeto a la legalidad y selección objetiva de los contratistas:

Mediante los procedimientos y etapas que sean estrictamente necesarios, dentro de términos preclusivos y perentorios, con el impulso oficioso de la Administración para evitar dilaciones en la escogencia. Las reglas del procedimiento deben estar al servicio de los fines estatales y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, al tiempo que propende por la adopción de procedimientos que solucionen prontamente las controversias” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007. Expediente 15324)

3.2.1.3. Principio de responsabilidad, artículo 26.

En virtud del principio de responsabilidad, se evidencian elementos relativos a las cargas de la entidad estatal, del servidor público y del eventual contratista en el ejercicio de sus funciones dirigidas al cumplimiento de los fines del Estado.

Al respecto el art 26 de la ley 80 de 1993 establece:

En virtud de este principio. 1º. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto

contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma. 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Si bien más adelante en el presente trabajo se enunciarán los principios determinados en la ley 1437 de 2011 (CPACA), los cuales conforme a lo expuesto son igualmente aplicables a la contratación estatal, es importante hacer relación en este punto al numeral 7 del artículo 3 de la mencionada ley, que contiene el principio de responsabilidad y al respecto establece: “En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos” (Subrayado fuera de texto). Frente a este principio Arboleda Perdomo (2012) establece: “el numeral 7 del artículo 3 que se comenta reitera simplemente la existencia del principio de responsabilidad, distinguiendo la responsabilidad que es propia de las autoridades” ... (pág. 15)

En sentencia de la Honorable Corte Constitucional, el alto Tribunal manifestó que la Responsabilidad como principio abarcó su mayor campo de acción a partir de la Constitución Política de 1991 cuando se fijó en el artículo 90 la “responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual”. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 644 de 2011)

La responsabilidad del Estado tiene lugar cuando “los actos y hechos emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones que le son propias causen un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”. (Dromi, 1996, pág. 113)

En este sentido, el principio de responsabilidad no radica simplemente en el funcionario en sí mismo, este principio encuentra su naturaleza en el origen mismo de la responsabilidad del

Estado como ente abstracto capaz de ser responsable, de esta manera lo menciona Jinesta L.

(2008) al explicar que:

El principio de responsabilidad se infiere de la personificación del Estado y del resto de los entes públicos menores como sujetos de derecho y obligaciones, esto es, basta el reconocimiento de su personalidad jurídica como sujetos de derecho para admitir la idea de responsabilidad, puesto que esta es consecuencia jurídica obligada de ese reconocimiento. De otra parte, un corolario obligado de la personificación de los entes públicos es su demandabilidad. (pág. 4)

Es así como el principio de responsabilidad determinado en la Constitución Política es desarrollado de manera especial en la ley 80 de 1993 para su aplicación concreta en el ámbito de la contratación, el cual cobija no solamente a los servidores públicos sino también a los particulares colaboradores de la administración.

Con posterioridad a la ley 80 de 1983 y en esta misma línea, el numeral 7 del artículo 3 de la ley 1437 de 2011 (CPACA), da especial relevancia a la responsabilidad de las autoridades públicas, y consagra la aplicación expresa de dicho principio a las actuaciones y procedimientos administrativos, situación novedosa dado que el Decreto 1 de 1984 (CCA, expedido antes de la Constitución Política de 1991) no lo contemplaba, lo que indica la importancia que ha venido teniendo el principio de responsabilidad en todas las actuaciones de la administración, que impone al servidor público el deber de respetar y acatar las normas y procedimientos administrativos en el ejercicio de sus funciones, contempladas en la Constitución, las leyes y los reglamentos, haciendo especial énfasis en las consecuencias que acarrea su vulneración.

En este contexto tenemos que el principio de responsabilidad es contemplado de manera especial en la Ley 80 de 1993 y con posterioridad de manera general en ley 1437 de 2011 (CPACA), lo que no significa que el hecho de estar contenido en dos normas diferentes, se excluya su aplicación en una u otra, por el contrario, dicha aplicación es complementaria, dado que si bien el principio de responsabilidad se encuentra contenido en dos normas, que en principio aplican en diferentes ámbitos de actuación administrativa, una en el ámbito de la contratación estatal y el otra en las demás actuaciones de la administración, dicho principio en las dos normas tiene la misma finalidad, esto es que los agentes de la administración respondan por sus decisiones, omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones, además por remisión expresa de la ley 80 de 1993 (artículo 23) se aplicarán a la contratación estatal los principios particulares del derecho administrativo, lo que indica que, lo que no se encuentre regulado expresamente en el art 26 de la ley 80 de 1993 como norma especial respecto al principio de responsabilidad, se aplicará lo regulado al frente al mismo en la ley 1437 de 2011 (CPACA).

Específicamente, en el procedimiento encaminado a la modificación del pliego de condiciones la responsabilidad abarca todas las esferas relacionadas con el trámite y hace parte de todos los demás principios que guían este proceso, pues se encuentra inmerso desde la etapa precontractual hasta la postcontractual.

Ahora, con relación a la actuación de los funcionarios del Estado, el principio de responsabilidad impone el deber de guiar todas sus actuaciones, entre ellas la elaboración y modificación del pliego de condiciones en el marco de la buena fe, el debido proceso y la

legalidad, so pena de generar graves perjuicios a los oferentes o futuros contratistas, al Estado mismo y a la sociedad pues, como consecuencia final se podría vulnerar el interés general que pretende satisfacerse a través de cada proceso contractual, motivo por el cual el principio de responsabilidad, respecto a la generación de adendas en los procesos contractuales, impone a los funcionarios públicos un actuar de manera sumamente cuidadosa previendo los posibles daños antijurídicos que pudieran ser causados con una desviación en su actuación y de esta manera evitarlos so pena de incurrir en diferentes responsabilidades (civil, penal, fiscal y disciplinaria).

“Con la expedición de adendas, la vulneración del principio de responsabilidad: se manifiesta con la modificación de las reglas del proceso por parte de la administración licitante de manera caprichosa, es decir, cuando para su modificación no se consultan las mismas reglas que los pliegos han prescrito”. (Melendez, 2015, pág. 500)

Es así como la indebida elaboración y modificación a los pliegos de condiciones necesariamente nace de la actividad humana, cuando los funcionarios públicos en representación de la administración ejecutan sus funciones sin apego a la ley, los principios y las reglas, razón por la cual la actuación del funcionario público será reprochable en los planos penal, disciplinario, fiscal y civil toda vez que el despliegue de sus actuaciones nace de su fuero interno en el plano subjetivo, lo que nos indica que debe prestarse especial cuidado y vigilancia a la función administrativa antes de llegar a la instancia judicial.

3.2.1.3.1. Responsabilidad del funcionario público por la indebida estructuración y/o modificación del Pliego de Condiciones. El Estado al ser un ente abstracto requiere verse representado de forma directa por sus funcionarios, cuya labor se rige principalmente bajo el principio de legalidad, según el cual cada una de sus actuaciones debe estar sometida al amparo de la ley y al cumplimiento de los fines del Estado mismo. Como dice el profesor Vedel (citado en Rodríguez Rodríguez, 2015), “la legalidad es la cualidad de aquello que es conforme a la ley” (pág. 336).

Si bien como se deduce del principio de responsabilidad, el mismo se predica no solo de los funcionarios públicos sino también de los particulares que colaboran con las entidades públicas en la consecución de sus fines, no obstante, para los fines del presente trabajo, nos enfocaremos en las consecuencias negativas de la vulneración de este principio desde el punto de vista del servidor público.

Bajo tal perspectiva del principio de legalidad, las facultades de los funcionarios del Estado no pueden ser ilimitadas, es decir, no tendrá la administración “facultad absoluta para disponer” (Santofimio Gamboa, 2002, pág. 124), sin embargo, existe una clara excepción a esta regla y se materializa en el procedimiento de contratación estatal, donde la administración cuenta con facultades “como por ejemplo al realizar el juicio de oportunidad para determinar qué contratos son los más convenientes para los intereses generales, o incluso cuando se adopta la decisión de iniciar un proceso de escogencia de contratista” (Santofimio Gamboa, 2002, pág. 123), dentro de esta misma categoría podemos clasificar la estructuración y modificación a los pliegos de condiciones toda vez que son actuaciones regladas a través de la ley, guiadas por los principios y

encaminadas por la jurisprudencia, pero son también un caso excepcional, que en palabras de Santofimio Gamboa (2002):

El legislador permite que las entidades estatales expidan procedimientos administrativos especiales, por vía administrativa, para efectos contractuales, cuando la regla general establecida por el constituyente es la de que esta modalidad de procedimientos tan sólo pueden ser el producto de la actividad legislativa. Desde el punto de vista práctico, se trata de una atribución inspirada en los principios de celeridad y eficacia, con el fin de que cada entidad pública pueda ajustar sus procesos de escogencia a la realidad de las cosas. (pág. 184).

Es así como la actuación del funcionario, desde el ámbito de aquellas decisiones para las cuales se le ha otorgado discrecionalidad, tiene amplias repercusiones desde el punto de vista penal, disciplinario y administrativo, cuando la consecuencia de su actividad va en contravía de los fines del Estado, de su cumplimiento y de la garantía de prevalencia del interés general sobre el particular.

A continuación, se describirán brevemente los alcances de las consecuencias de la vulneración del principio de responsabilidad por parte del funcionario público.

- a. ***Consecuencias penales.*** Dentro de las posibles consecuencias para el funcionario público tenemos que pueden tipificarse eventualmente las conductas descritas en la Ley 599 de 2000, artículo 408 y siguientes, que definen los tipos penales de “Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades” Código Penal Colombiano, Artículo 408, “Interés indebido en la celebración de contratos” Código Penal Colombiano, Artículo 409, “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales” Código Penal Colombiano, Artículo 410, y “Acuerdos restrictivos de la competencia” Código Penal Colombiano, Artículo 410-A.

Cada uno de los anteriores tipos penales, dentro de los verbos rectores que componen su descripción típica, incluye la realización de las funciones a cargo de los representantes de la entidad estatal en el proceso de elaboración del pliego de condiciones de su modificación o de su aprobación, razón por la cual, debe partirse del análisis del deber objetivo de cuidado, que en virtud de la actividad desempeñada, responsabiliza finalmente al funcionario público, donde la mera conducta de violación al régimen legal configura la realización de la conducta punible.

La generalidad de la redacción de los tipos penales descritos muestra que “el legislador penal quiere sancionar la violación al ordenamiento jurídico producida a partir del desconocimiento de las finalidades de la Administración pública.” (Santofimio Gamboa, 2002, pág. 88)

El vigente Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) busca sancionar: Toda actividad o actuación desviada de los servidores públicos que no busquen la satisfacción de los intereses generales, los fines públicos y las necesidades públicas, sino sus particulares intereses y

necesidades o las de terceros; es decir, “nos encontramos frente a una típica descripción de lo que en derecho administrativo se denomina desvío de poder”. (Santofimio Gamboa, 2002, pág. 88)

- b. ***Consecuencias disciplinarias.*** La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, contiene la descripción de las conductas en las que pueden incurrir los funcionarios públicos cuando violentan las reglas, normas y principios que guían su actividad, particularmente para el caso objeto de estudio que enfoca la responsabilidad del funcionario tras la incorrecta modificación a los pliegos de condiciones tenemos que el artículo 48 de la ley en mención ha definido las faltas gravísimas, en 63 numerales, donde la conducta sancionada relacionada con la etapa precontractual se encuentra descrita en el numeral 31 siguiente:

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. (Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, Artículo 48) (Subrayado fuera de texto)

Nuevamente, y ahora desde la responsabilidad disciplinaria es evidente que el funcionario público no puede someter a su capricho o abusando de la discrecionalidad las decisiones en materia de contratación, pues su actuación en nombre de la entidad estatal es generadora de sanciones cuando se escapa al mandato legal y constitucional.

- c. ***Consecuencias fiscales.*** La Responsabilidad Fiscal podría presentarse en el caso que nos ocupa, si como consecuencia de la estructuración o modificación inadecuada del pliego de condiciones se haya generado un detrimento patrimonial al Estado, pues esta “se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido este como una gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes”. (Contraloría del Valle del Cauca, 2014).

La responsabilidad fiscal se edifica como criterio de orden constitucional al ser la consecuencia directa de la violación de unos principios: eficiencia, economía y eficacia, cuya vulneración ocasiona un detrimento patrimonial (inc. 3, art 267 Constitucional), “Nótese que la responsabilidad fiscal se produce por la vulneración de principios y no por la tipificación de una falta como regla general”. (Gómez Lee, 2017, pág. 294)

Para José Andrés O’Meara (2016), la acción fiscal, ejercida desde la Contraloría General de la República: Es de naturaleza estrictamente resarcitoria, porque el propósito competencial derivado de sus investigaciones se circunscribe a determinar las responsabilidades que originaron un daño patrimonial al Estado como consecuencia de una gestión fiscal antieconómica, evento en el cual dicha institución deberá concentrar sus esfuerzos y el poder exorbitante del que goza en recuperar los recursos perdidos; para ello, utilizará, incluso, la adopción de medidas cautelares, como el embargo y el secuestro de bienes. Nada más lógico. (Párrafo 2)

Así mismo, el autor en cita ha definido tres elementos inherentes a la responsabilidad fiscal, en virtud de lo establecido en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que considera

potencialmente peligrosos, los cuales son: “i) Que se presente una pérdida en los recursos del Estado, (ii) una acción o una omisión dolosa o gravemente culposa y (iii) un nexo de causalidad entre los dos primeros. De nuevo, nada más lógico”. Y adicionalmente realiza un aporte significativo para este trabajo de investigación cuando manifiesta que “el escenario lamentable y problemático se presenta cuando probos servidores del Estado se convierten en sujetos de injustos supuestos de hecho con las consecuencias jurídicas descritas en el ordenamiento” (O'Meara, 2016, Párrafo 3), situaciones que claramente terminan invadiendo la órbita subjetiva del funcionario público, quien comete estas actuaciones desde su fuero interno en razón a la discrecionalidad que le permite ejercer su cargo, generando así graves consecuencias para el Estado, la sociedad y él mismo.

3.2.2. Principios generales del derecho.

La Constitución Política Colombiana, en su artículo 209, ha determinado como mandato superior que: La función administrativa **está al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Subrayado y negrillas son nuestros)

Ahora bien, recordemos que los principios del derecho en general son las bases del comportamiento social, en este sentido en ellos encuentra su norte la administración pública, sin embargo, la administración existe para propender el bienestar general, a ello se le llama interés general. En nuestra Constitución Política dicho principio se encuentra consagrado en el artículo primero que reza:

Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y **en la prevalencia del interés general.**
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional Colombiana ha esclarecido el alcance de la prevalencia del interés general como principio y como fin del Estado mismo a través de la sentencia C-053 de 2001, manifestando que éste “hace relación a un postulado y principio imperativo de realización de los fines del Estado, a su verdadera y necesaria razón de ser”.

Es así como, la aplicación de este principio de prevalencia del interés general no supone la vulneración de otros derechos y garantías, así lo manifiesta el máximo tribunal en la sentencia en cita, cuando define que:

Aun así, a pesar de que efectivamente exista un interés general real que motive una determinada acción del Estado, la máxima según la cual este interés prevalece sobre el particular no es absoluta, ni susceptible de aplicación inmediata. Debe entenderse condicionada a que la invocación de tal interés esté realmente dirigida a la obtención de los

objetivos constitucionales y, a la vez, mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-053 de 2001)

Razón por la cual cada caso concreto debe someterse a un juicio detallado y formal que permita evidenciar si su aplicación garantiza al mismo tiempo el cumplimiento de los otros fines estatales.

El principio de prevalencia del interés general es la base del principio de selección objetiva, pues dicho principio impone a la administración al momento de la elaboración y/o modificación de los pliegos de condiciones el deber de no tener en consideración cualquier clase de motivación subjetiva, la motivación siempre será la satisfacción del interés general y como consecuencia, las reglas del proceso contractual deberán estar estructuradas en ese sentido.

Ahora, los principios de “moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” definidos dentro de la norma constitucional, han sido positivizados de manera clara con incidencia en la contratación estatal que hoy estudiamos a través del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y contencioso administrativo, como veremos a continuación.

3.2.3. Los principios particulares del derecho administrativo.

Contemplados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. – CPACA, que reúnen el mandato constitucional del artículo 209 superior así:

(...) Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(Subrayado fuera de texto)

En consecuencia, tal y como se ha enfatizado a lo largo del presente trabajo, el contrato como instrumento principal de la administración para la satisfacción del interés general y con ello el cumplimiento de los fines estatales, se encuentra precedido del proceso pre contractual, en el que a través del pliego de condiciones se establecen las reglas del mismo, las cuales teniendo como único fin la satisfacción del interés general debe tener en consideración la aplicación de los principios mencionados, no solo en su elaboración sino también en su modificación, dado que la adenda hace parte integral del pliego de condiciones.

3.2.4. Principios que nacen de la Ley 1150 de 2007.

La Ley 1150 de 2007 nació con el objetivo de introducir medidas para la eficacia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, dictando así mismo otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Esta ley, a través de su artículo 5° dio vida al principio de *selección objetiva*, a mediante el cual se busca que los procesos de contratación dirigidos por el Estado cuenten, no sólo con el lleno de los requisitos legales, sino con las condiciones ideales para dar cumplimiento a los fines estatales, guiado por los principios de la función pública.

El artículo 5 de la ley 1150 de 2011, establece: Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios ... (subrayado fuera de texto)

A este principio emanado de la ley, se le ha dado un tratamiento diferente desde la legislación y la jurisprudencia:

En la legislación colombiana, la selección objetiva es tratada como principio de la contratación estatal, o como principio orientador de los procesos de selección, pero al mismo tiempo, es concebida como un deber -regla de conducta- en la actividad contractual. Mientras que para la jurisprudencia la selección objetiva, es una regla de conducta de la actividad contractual y un principio que orienta los procesos licitatorios, que permiten la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (Miranda Medina, 2016, pág. 65).

Con relación a la posición jurisprudencial, el Consejo de Estado Colombiano se ha pronunciado definiendo a la selección objetiva como principio y como regla, así lo ha planteado la Sala de Consulta y Servicio Civil al manifestar que:

Es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses

colectivos perseguidos con la contratación. El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas (...). Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2010. Expediente No. 1992).

Desde la óptica legal, la Ley 1150 de 2007 establece unos requisitos claros para que la selección de los contratistas dentro de los procesos contractuales sea objetiva, estos requisitos o factores de escogencia y calificación deben ser definidos por la entidad estatal desde la estructuración del pliego de condiciones y como consecuencia deberán ser tenidos en cuenta también como límite para la expedición de adendas.

La finalidad el principio de selección objetiva es seleccionar la oferta más favorable a la entidad, de ahí la importancia que los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y los sean lo más claros y precisos posibles, y que los ajustes realizados mediante adendas no vulneren los principios que le son aplicables ni modifiquen los elementos sustanciales del mismo, de tal manera que sean unas herramientas que realmente contribuyan a que efectivamente se escoja la mejor oferta, es decir, que los cambios que eventualmente deban hacerse al pliego de

condiciones mediante adendas busquen en aras de la satisfacción del interés general, realizar ajustes que permitan la escogencia de la oferta más favorable.

3.2.5. Principios emanados de la jurisprudencia.

Habiendo hecho énfasis en aquellos principios derivados de la ley y de la Constitución Política que rigen los procesos de contratación de las entidades estatales, continuamos con el estudio de aquel principio que se vuelve vinculante y que ha nacido desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Principio de Planeación.

El principio de planeación resulta fundamental dentro de la contratación administrativa, pues en él se sustentan otros principios, de esta manera el Consejo de Estado ha planteado que:

En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2014. Expediente No. 2520)

En este orden de ideas, el correcto desarrollo del principio de planeación por parte de las entidades públicas representa la seguridad frente a las actuaciones fraudulentas (corrupción) que afectan el erario, así lo afirma Serrano Cuervo (2014) al determinar que:

La corrupción aumenta los costos de transacción por cuanto se aumenta la ineficiencia administrativa por los altos costos del soborno, que trae como consecuencia la baja calidad en los bienes y servicios prestados; además, se aumenta el gasto y se reduce el presupuesto Estatal, haciendo menos productivo el gasto público, presentando una relación negativa en el desarrollo económico sostenible. (pág. 7).

Ahora bien, a planeación en materia estatal “obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos” (Aponte Díaz, 2014, pág. 181)

Es necesario recordar que el principio de planeación en la contratación estatal se ve reflejado en dos etapas previas al contrato estatal, estas etapas son i) los estudios previos; que por su naturaleza son técnicos. Y ii) el pliego de condiciones; en esta etapa la administración debe contar no solo con los insumos técnicos sino además con el estudio jurídico, de tiempos y costos, ello significa que una incorrecta modificación al pliego puede acarrear un vicio en todo el procedimiento, en este sentido recordemos como lo ha planteado el Consejo de Estado al sostener que:

El pliego de condiciones viene a constituirse en un conjunto de cláusulas predisuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la Administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en

participar en el mismo con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, igualdad, buena fe, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, etc., que rigen la contratación estatal. (...) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 12344).

Por lo anterior, debemos concluir que la realización de adendas debe obedecer únicamente a la satisfacción del interés general teniendo en consideración la aplicación de los principios estatales para que las mismas sean procedentes, lo que evidencia un escenario bastante amplio e indefinido por la cantidad de principios a los que debe acudir. Cuando una modificación al pliego de condiciones (adenda) es realizada por fuera de los elementos legales y jurisprudenciales podría acarrear como consecuencia nulidades directas al Contrato estatal, el cual nace del proceso de estructuración de los pliegos en la fase precontractual.

4. La discrecionalidad en la aplicación de los principios de la contratación estatal en la elaboración y modificación del pliego de condiciones

Teniendo en cuenta el contexto planteado en el presente trabajo, referido a que con ocasión a la precaria reglamentación respecto al alcance de la modificación del pliego de condiciones la administración debe acudir como marco de referencia para su modificación a la aplicación del de

los principios aplicables a la contratación estatal, y en consideración al amplio número de principios existentes, la administración en virtud de facultades discrecionales, deberá escoger primar algunos sobre otros, lo que podría generar una eventual desviación de poder que da cabida inmediata a la corrupción y a las consecuencias propias de la misma, por tal razón, y frente a la importancia de esta importante figura, revisaremos el alcance y límites de las facultades discrecionales de la Administración.

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extra jurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración. Por el contrario, “la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley pues se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas”. (García de Enterría & Fernández Tomas, 1986, pág. 434)

La discrecionalidad se encuentra estrictamente ligada al principio de legalidad, en este sentido se ha pronunciado la doctrina de la siguiente manera:

Como lo ha señalado con insistencia la doctrina, la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o el derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva.

(Santofimio Gamboa, 2007, pág. 46)

En este mismo sentido se pronuncia García de Enterría al manifestar que “todo poder discrecional, pues, ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento, No hay por tanto discrecionalidad en ausencia o al margen de la ley ...” (1986, pág. 141)

Así pues, Jaime Orlando Santofimio, (citando a Tomás Ramón Fernández, 2007) manifiesta que:

Resulta fundamental, para garantizar el derecho y la legalidad de las decisiones discrecionales, que las mismas estén debidamente motivadas. La motivación fundamentada, cierta y proporcional señala este autor, definitivamente (...) marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario (...) de lo contrario, de no darse la motivación suficiente a una actividad discrecional, podríamos estar frente a decisiones subjetivas, personales y no a respuestas instituciones a una situación fáctica determinada. (pág. 50)

Sánchez Torres (2004) al referirse al principio de legalidad establece que el mismo es mediante el cual “el ejercicio de todas las potestades públicas se basa en una ley previa y superior que la fundamenta”. (pág. 6)

Al respecto la Ley 1437 de 2011 – CPACA Artículo 44. establece: Decisiones discrecionales. “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En este contexto, “la administración dispone de libertad de valoración para la configuración del pliego de condiciones dentro de los parámetros generales señalados en la ley y en el reglamento y conforme a los requerimientos específicos de cada proceso de selección.”

Lo expuesto indica que la aplicación de la discrecionalidad en la contratación estatal debe estar ajustada a los principios de la contratación estatal y con miras a la satisfacción del interés general, en este entendido la administración tiene la facultad de configuración del pliego de condiciones para definir el objeto y las características del mismo y la forma en que los proponentes deben acreditar las condiciones para el desarrollo futuro contrato así como los criterios de escogencia y evaluación de los oferentes, los cuales son específicos dependiendo del caso concreto, las decisiones tomadas en virtud de la direccionalidad, deberán ser proporcionadas a la necesidad que se pretenda satisfacer, al respecto Daroca (1999) establece que “una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrios entre los diferentes intereses puestos en juego”. (pág. 25)

Encontramos también, expresado por Rodríguez de Santiago (2000), que:

El principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquel a los derechos de éstos, o en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. (pág. 25)

En consecuencia, tenemos que:

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la

suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente 17767.)

Conforme a lo expuesto, la direccionalidad administrativa, no es sinónimo de arbitrariedad, dado que dicha facultad encuentra límite en el principio de legalidad entendido este como un bloque que involucra normas y principios en búsqueda del interés general.

Ahora, como lo define Marín Hernández (2012):

Que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de casos concretos en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos (...) o pero aún desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público, son pues, la justificación de la actividad de la Administración y, por tanto, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder. (pág. 293)

Cuando la administración hace uso de las facultades discrecionales con fines diferentes a la satisfacción del interés general, configura la desviación de poder.

⁵ Para la época de suscripción de los contratos que nos convocan, el artículo 24 disponía: “1°. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)”. El mismo fue después subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, modificado por el Decreto 62 de 1996, y posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007.

El Consejo de Estado al referirse a la desviación de poder establece que:

Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2011. Expediente 17549)

Jaime Orlando Santofimio Gamboa (1996), al referirse a la desviación de poder establece:

Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad, en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con la apariencia extrema de legalidad; la administración procura que su actuación sea en apariencia legal; no es objetable; ni por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. (pág. 343).

Partiendo de la concepción de la desviación de poder, se tiene que dicha actuación configura a su vez una actuación de corrupción, la cual trae consecuencias tan nefastas para la contratación obras o servicios de mala calidad, sobrecostos, adquisición de bienes obras o servicios no requeridos o innecesarios, destrucción del medio ambiente, entre otros, lo que en últimas afecta el interés general, al respecto Lozano Villegas establece “dentro de la multiplicidad de facetas de la corrupción, en lo que tiene que ver con el derecho público y específicamente en la

contratación del Estado, se entiende por ésta: el uso desviado de la contratación pública para el beneficio privado”. (Lozano Villegas, 2017, pág. 316)

Al referirse a la desviación del poder, el Consejo de Estado establece:

Así, por ejemplo, el tratadista Tomás Ramón Fernández enseña que: (...) todo poder público es un poder funcional (...) por tanto obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de este (...) La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen por principio, para el poder puramente personal, lo no motivado es ya, por este solo hecho arbitrario.

(...) Esta causal, entre otras cosas, constituye para la Sala un supuesto de “causa ilícita”, prevista en el art. 1524 del código civil, pues según esta norma la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley –art. 1524-. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expediente 28010).

En este orden de ideas, tenemos que:

Toda desviación de poder ... se involucra con la causa ilícita del negocio, es decir, que aquélla figura se contiene en ésta. Incluso, si el numeral 3 del art. 44 no hubiera contemplado esta causal de nulidad, en forma independiente, de todas maneras obrar con desviación de poder generaría el vicio de nulidad del negocio, según lo dispuesto en los arts.

1524 y 1741 del CC., además de lo dispuesto en el art. 899.2 del Co. de Co., normas estas aplicables a los contratos estatales, según ya se dijo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expediente 28010).

5. Análisis jurisprudencial de las actuaciones más recurrentes de la administración que han generado la nulidad del contrato o de los actos precontractuales

Verificadas las declaratorias judiciales de nulidad de los contratos estatales o de los documentos precontractuales, dentro de los procesos judiciales que han llegado a la última instancia de lo contencioso administrativo en Colombia, encontramos que sus causas tienen relación directa con la vulneración de principios, así:

No.	AÑO	Expediente No.	RESUELVE	CAUSA
1	2007	28010	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Desviación de poder por vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva
2	2010	18294	DECRETA LA NULUDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por contrariar una norma imperativa (Bajo el Decreto 222 de 1983)
3	2010	14390	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva

No.	AÑO	Expediente No.	RESUELVE	CAUSA
4	2011	18118	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por violación de los principios de transparencia y selección objetiva
5	2011	17767	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por violación de los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad
6	2011	17863	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA SOBREVINIENTE DEL CONTRATO	Por cambio de norma CP 1991, en la actualidad convención desconoce normas imperativas de orden público
7	2012	21571	DECRETA LA NULIDAD DEL CONTRATO	Vulneración de los principios de transparencia, igualdad, participación y selección objetiva
8	2013	27315	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por violación del principio de planeación
9	2014	27453	DECRETA LA NULIDAD DEL CONTRATO	Vulneración del Principio de Selección Objetiva
10	2014	24845	DECRETA LA NULIDAD DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN	Principio de selección objetiva
11	2014	33319	DECRETA LA NULIDAD DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN	Vulneración del Principio de Selección Objetiva

No.	AÑO	Expediente No.	RESUELVE	CAUSA
12	2016	49847	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	Por violación de los principios de transparencia y selección objetiva
13	2016	34648	DECRETA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	<i>Por falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 44 de la Ley 80 de 1993)</i>
14	2017	52805	DECRETA LA NULIDAD DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN	Vulneración del Principio de Selección Objetiva

Tabla No. 3. Autoría Propia

Se tiene entonces que, una vez realizado el análisis jurisprudencial desde la expedición de la Ley 80 de 1993, relacionado en el cuadro anterior, con la finalidad de determinar cuáles son las actuaciones más recurrentes de la Administración en la estructuración y modificación del pliego de condiciones que han producido la nulidad del mismo o del contrato se puede concluir que las mismas se refieren a la vulneración de principios aplicables a la contratación estatal, los cuales imponen una determinada forma de actuar a la administración en la estructuración y modificación de los pliegos de condiciones con la finalidad de lograr la ejecutabilidad de los contratos y de ésta manera la satisfacción del interés general.

Dentro de los casos concretos estudiados por la jurisprudencia colombiana encontramos decisiones judiciales en las que se verifica la vulneración de los principios que guían la

administración en la etapa precontractual, lo que podría evidenciar que: i) La administración no desarrolla un verdadero ejercicio de planeación como medio de estructuración de proceso contractual, pues la revisión y previsión de los riesgos futuros hecha de forma acuciosa evitaría de declaratoria de nulidad futura, ii) Las entidades estatales vulneran constantemente principios siendo los más recurrentes el de planeación, transparencia y selección objetiva, pudiendo ser una explicación a esto la discrecionalidad que se presenta en muchas de las decisiones administrativas.

Es así como la jurisprudencia ha determinado que la vulneración de principios en la etapa precontractual genera objeto o causa ilícita, dependiendo de la situación específica y del principio vulnerado, actuaciones que se enmarcan las causales establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

El numeral 2 se refiere a la causal que aplica cuando el contrato se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal, en este caso al considerar que cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta los principios, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. El numeral 3 se refiere a cuando el contrato se celebra con abuso o desviación del poder (causa ilícita)

El proceso contractual estatal en Colombia, por orden legal y en concordancia con el desarrollo jurisprudencial invocado cuenta con reglas derivadas de la principalística, especialmente y con mayor énfasis en el principio constitucional de la prevalencia del interés general, situación que nos permite identificar que el proceso de contratación estatal obedece de

manera directa al cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, contenidos en el artículo primero constitucional.

La nulidad del contrato como consecuencia de la vulneración de los principios en la etapa precontractual trae drásticas consecuencias para la administración frente a la satisfacción del interés general, recayendo la responsabilidad de dicha situación en los funcionarios que en razón de diferentes razones vulneran los principios de contratación estatal.

Capítulo Segundo. Elementos esenciales del Pliego de Condiciones como límite a la modificación del mismo.

1. Elementos esenciales, fundamentales o sustanciales del Pliego de Condiciones a la luz de la jurisprudencia.

En consideración a que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que no podrán modificarse los elementos esenciales del pliego de condiciones, es importante revisar qué ha establecido ésta corporación frente al alcance o determinación de los mencionados elementos esenciales, al respecto se tiene lo siguiente:

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
1	13416- 2005	ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
		Conviene igualmente advertir que, so pretexto de interpretar el pliego, no resulta procedente alterar o inaplicar sus condiciones, porque con ello se violarían los principios que rigen la selección del contratista. En este sentido se pronunció también la Sala en sentencia proferida el 11 de abril de 2002, expediente 12.294: “La licitación pública entendida como el procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público que se persiguen con la contratación estatal, está sometida a condiciones normativas y reglamentarias que no pueden cambiarse caprichosamente durante su curso. La claridad e inalterabilidad de las condiciones del proceso licitatorio son características que tienen su fundamento en <u>los elementos esenciales del mismo, cuales son: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones.</u> Se tiene entonces que procede la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido “que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública.
2	25642- 2013	ELEMENTOS ESENCIALES DEL PLIEGO DE CONDICIONES. (...) la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; <u>corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal</u> y, por lo tanto, si es posible su <u>subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva.</u> (...) El pliego de condiciones en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier otra norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso.

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
		Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría <u>arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos</u>, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada.
3	30571- 2013	ELEMENTOS ESENCIALES DEL PLIEGO DE CONDICIONES En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, <u>no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos</u>, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las results de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohibida ni por el legislador, ni por las instancias judiciales. Sin embargo, los casos anotados anteriormente como cuestiones o aspectos <u>inmodificables e intangibles del pliego de condiciones y/o de los términos de referencia o de sus equivalentes no pasan de ser ilustrativos</u>, pues una determinación de tal envergadura incluso puede cobijar situaciones distintas a las que quedaron descritas, por lo cual para arribar a tal conclusión <u>será indispensable realizar en cada caso un análisis que deberá abordarse a la luz de las circunstancias y particularidades que lo rodeen, sin que sea posible anticipar un listado detallado o taxativo de tales aspectos</u>.

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
		Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones al pliego de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. <u>Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011</u>
4	28342- 2014	ELEMENTOS ESECNIALES DEL PLIEGO DE CONDICIONES Disciplinadas entonces las etapas del proceso de selección y fijadas las condiciones que deberán satisfacer las propuestas, el proceso deberá garantizar una participación en igualdad de condiciones y la administración adjudicar el contrato a quien hubiere presentado la oferta más favorable, teniendo en cuenta los factores de escogencia, previamente establecidos, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, previa su ponderación precisa y detallada. Se trata de que la administración de cumplimiento a las normas que informan la estructuración de los pliegos, esto es, las condiciones y el contenido de las propuestas, pues su desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios de igualdad, participación, selección objetiva y transparencia. Lo anterior, porque el pliego constituye un acto de carácter general que contiene la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales que la actividad contractual de la administración comprende. Sobre el particular la Sala ha sostenido: “Las limitaciones a la facultad de introducir cambios en el pliego de condiciones. Lo antes expuesto no excluye la facultad que le asiste a las entidades estatales para introducir ajustes, variaciones, adiciones, supresiones o, en general, cambios en relación con el contenido de los pliegos de

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
		condiciones –tal como incluso lo prevé y autoriza el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80, al hacer referencia expresa a las modificaciones que se consideren pertinentes con ocasión de lo debatido en la(s) audiencia(s) de aclaración de los pliegos-, <u>pero claro está en el entendido de que esa atribución no es absoluta sino que, muy por el contrario, se encuentra sometida a límites de orden material y también de índole temporal</u>, los cuales emanan de la naturaleza misma del procedimiento administrativo de selección contractual y de los principios que lo inspiran e informan. <u>En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, resulta evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).</u> En ese orden de ideas, aunque la administración tiene competencia para aclarar el contenido del pliego de condiciones con el fin de expedir reglas claras y precisas, en tanto constituirán las premisas que gobernarán el contrato, dicha decisión, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, en el entendido que <u>la administración no podrá modificar aspectos sustanciales, especialmente los relativos a los factores de calificación, pues está obligada a respetar la participación oportuna de los oferentes</u>
5	52805- 2017	ELEMENTOS ESENCIALES DEL PLIEGO DE CONDICIONES Ahora, como el pliego de condiciones también se rige por los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad y como quiera que el proceso de la licitación persigue finalmente una selección objetiva del contratista, <u>se sigue que en todo el pliego se pueden distinguir unos requisitos esenciales, entre estos los que permitirán la escogencia de la oferta más favorable mediante la comparación de las variables que se hubieren presentado</u>, y otros que no son necesarios, indispensables o determinantes para seleccionar objetivamente a quién se le habrá de adjudicar el contrato para que ejecute el objeto contractual. <u>De esta distinción se sigue, de un lado, que la omisión de requisitos que no son esenciales no puede conducir al rechazo de una propuesta y, de otro</u>

No.	Expediente Año	RESUMEN – REQUISITO ESENCIAL DEL PLIEGO DE CONDICIONES
		lado, que la pretermisión de esas exigencias puede ser subsanada puesto que en últimas no se enderezan a la selección objetiva del contratista. Contrario sensu, como es obvio, debe concluirse que <u>la inadvertencia, ausencia o exclusión de uno de los requisitos esenciales, es decir, de un elemento que se constituye como factor que permite comparar las diversas propuestas para seleccionar objetivamente la mejor, configura un defecto insubsanable que conlleva la no adjudicación o rechazo de la propuesta.</u>

Tabla No. 4. Autoría Propia.

Adicionalmente a las posiciones jurisprudenciales relacionadas en el cuadro anterior, el autor Mauricio Fajardo Gómez, al analizar la Sentencia del Consejo de Estado No. 4694 del 19 de febrero de 1987, en el artículo denominado “Diferenciación entre requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones”, realiza un examen de la línea jurisprudencial al respecto y establece que:

Para efectos de aplicar el criterio que se ha descrito resulta necesario establecer cuáles son los parámetros que permitan distinguir lo esencial de lo accesorio, menor o puramente formal (...) en el sentido de que han de tenerse como esenciales todos aquellos, documentos, elementos o materiales aportados junto con las ofertas en cuanto permitan a la entidad contratante realizar los estudios, las evaluaciones y los cotejos entre ellas (...) por simplemente formales aquellos requisitos que no inciden de manera alguna en la comparación de las ofertas en igualdad de condiciones. (Fajardo Gómez, 2013, págs. 158-159).

En ese mismo escrito, al referirse a la prohibición a la administración de rechazar propuestas por la falta de requisitos formales, los cuales podrán ser aportados con posterioridad, establece que la distinción jurisprudencial entre requisitos sustanciales por un lado y accesorios o menores por el otro es diferente a la clasificación entre requisitos subsanables e insubsanables.

De acuerdo con lo anterior y al contenido de la tabla No. 4, se concluye que el Consejo de Estado intenta hacer una diferenciación de los elementos esenciales del pliego de condiciones y los elementos esenciales de las propuestas, sin embargo, no lo logra y termina confundiéndolos o integrándolos en uno solo.

Al respecto la jurisprudencia determina que no podrán vulnerarse con las propuestas los elementos esenciales, pero sigue dejando la definición de éstos a las entidades dependiendo de la necesidad que se pretenda satisfacer, en consideración a que los requisitos solicitados deben ser proporcionales a lo que busca la entidad, sin embargo, no se precisa de manera clara cuales son los requisitos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones, porque dependen en cada caso específico de las condiciones propias de la necesidad que se pretende satisfacer, ante la imposibilidad de prever anticipadamente todas las situaciones que pueden presentarse.

Los elementos esenciales de las propuestas son revisados a la luz de cuales pueden o no ser subsanados dependiendo de la clasificación del requisito realizada en el pliego de condiciones, situación, que para tal efecto, hoy en virtud de la ley se encuentra perfectamente delimitada en el párrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2011, los requisitos o documentos faltantes no necesarios para la comparación de las propuestas (que no afecten la asignación de puntaje) podrán ser solicitado por la Administración hasta la adjudicación.

No obstante, lo anterior, esta claridad normativa no llegó sino hasta el año 2011, antes de dicha la procedencia del rechazo de las propuestas eran definidas por la administración en ejercicio de la facultad discrecional en la interpretación de la ley, respecto a que requisitos eran necesarios o no para la comparación de las propuestas, determinados en virtud del caso concreto, lo que permitió que se rechazaran propuestas por falencias meramente de forma, lo que podía llevar a la arbitrariedad. Los antecedentes normativos de esta situación se encuentran descritos por el Consejo de Estado en Sentencia 27.986 de 2014.

Es importante citar este antecedente normativo para el caso de estudio en el presente trabajo, en consideración que los elementos esenciales del pliego de condiciones siguen siendo remitidos por la jurisprudencia a la definición de la administración en ejercicio de sus facultades discrecionales en consideración al caso concreto de la necesidad que se pretenda satisfacer lo que impide una unidad de criterio al respecto y lo que podría dar cabida al abuso o desviación de poder.

2. La nulidad del contrato estatal como consecuencia de la vulneración de los principios aplicables a la contratación estatal.

2.1.Las nulidades en general.

Las nulidades son instituciones del derecho privado, que tienen como finalidad depurar vicios en un negocio o en un acto jurídico en general, además de ello “tiene por objeto restituir

las cosas al estado anterior a la celebración del acto, o reparar el perjuicio causado.” (Ocampo, 1918, pág. 14).

Así mismo vemos que la nulidad “es la sanción legal que priva de sus efectos a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existe al momento de su celebración”. (Cifuentes, 2004, pág. 573)

El Consejo de Estado Colombiano, definió que:

Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento jurídico, y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Sin embargo, no toda trasgresión a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquellas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afectan de nulidad absoluta un contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007.

Expediente 28010)

Ahora bien, antes de analizar las nulidades con relación a la contratación pública, ya sea en un acto precontractual o en el contrato en sí mismo, es necesario precisar, como lo hace Hoyos Lanzziano, cuáles son las características de las nulidades relacionadas a la contratación pública, siendo estas las siguientes:

- i) Que constituye una sanción, por que corresponde a conductas contrarias e indebidas al ordenamiento jurídico
- (ii) Su carácter legal, porque el fundamento es la ruptura manifiesta de algún precepto jurídico
- (iii) El efecto de propio de la anulación, que trata de eliminar los efectos jurídicos propios del acto, dado que el acto jurídico tiene como finalidad producir

ciertas consecuencias jurídicas y (iv) El fundamento de la nulidad es alguna irregularidad de deber ser propia del contrato o acto administrativo (Hoyos Lanzziano, 2011, pág. 4).

En este sentido, existen dos tipos de nulidades, las relativas y las absolutas; las primeras afectan una parte de la actividad contractual llámese cláusula o acto precontractual y la nulidad absoluta que culmina con nulidad del contrato en sí o de una estipulación contractual, entendiendo que dicha terminación, al operar bajo la figura de nulidad, cesa los efectos que pudiera generar.

2.2.Nulidad absoluta y nulidad relativa.

Ahora bien, la nulidad absoluta como su nombre lo indica, resulta en la invalidez total del negocio jurídico, ella retrae todas las actuaciones que se dieron en dicho negocio, así lo plantea el Magistrado Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del año 2013, cuando dice “Las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013. Expediente 27315)

En materia de contratos públicos o administrativos, la ley 80 de 1993 en su artículo 44 establece las causales de nulidad absoluta, no obstante, adicional a las causales propias de la nulidad absoluta previstas en el estatuto contractual, el artículo en cita remite a las causales generales de lo que llama el derecho común, al respecto el Consejo de Estado establece:

Según esta norma, no todas las causales de nulidad de los contratos estatales están previstas en ella, pues también quedan incorporadas las causales contempladas en el derecho civil y en el comercial, de manera que existen dos fuentes normativas en cuanto a las causales de nulidad de los negocios estatales: i) las del derecho común, y ii) las exclusivas del derecho administrativo. No obstante, todas están recogidas en la norma pública citada. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expediente 28010)

La validez de los actos jurídicos y particularmente de los contratos, está sometida a presupuestos y requisitos previstos por la ley capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, cuya falta sanciona el derecho, según su especie y la calidad o estado de las partes, con el efecto jurídico de la nulidad del acto, consistente en hacer desaparecer la relación que nació viciada por carecer de requisitos o formalidades esenciales, originando las restituciones a las que haya lugar” (Consejo de Estado, Sala de Consulta, Sentencia del 1 de abril de 1999. Expediente 91032)

De acuerdo con la tabla No. 3, del presente escrito, en el cual se realizó la revisión jurisprudencial de las actuaciones más recurrentes de la administración que han generado la nulidad del contrato estatal, nos encontramos ante la situación recurrente de vulneración de principios, vulneración que fue tipificada en cada una de las causales de nulidad del contrato estatal, establecidos de manera especial en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, como se relaciona a continuación:

LEY 80 DE 1993	CAUSAL	Con qué actuaciones de la administración se configuró la causal?	Elemento esencial del contrato (sin el cual no produce efecto) vulnerado
Artículo 44	1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;	De acuerdo a la jurisprudencia analizada no se presentó esta causal	Capacidad y objeto ilícito
Artículo 44	2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.	Vulneración de principios de contratación estatal	Objeto lícito
Artículo 44	3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.	Vulneración de principios de contratación estatal	Causa lícita ⁶
Artículo 44	4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y	Vulneración de principios de contratación estatal	Objeto lícito
Artículo 44	5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.	De acuerdo a la jurisprudencia analizada no se presentó esta causal	Objeto lícito

Tabla No. 5. Autoría Propia

⁶ Consejo de Estado, Sección III. Radicación 28010. Sentencia de fecha 22 de marzo de 2007. Magistrado ponente. Alíer Eduardo Hernández Manriquez.

En concordancia con las causales legales taxativas referentes a la nulidad de los contratos estatales, la jurisprudencia ha determinado que la violación del principio de planeación o de selección objetiva es causal de la nulidad absoluta por encuadrarse dicha situación a la causal de objeto ilícito, así las cosas, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de diciembre de 2015, concluyó:

En determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias sean las siguientes:

- (i) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
- (ii) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
- (iii) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de diciembre de 2015. Expediente 51489)

En este mismo sentido, se pronuncia el Doctor Jaime Orlando Santofimio como magistrado ponente, en Sentencia del año 2013, del Consejo de Estado, Expediente No. 27315 al referirse a la vulneración del principio de planeación, planteó:

Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Por regla general la nulidad *per se* es un acto judicial, así lo define Toscano López (2012), cuando indica que “puede comprenderse que mientras el contrato no sea declarado "judicialmente" nulo sigue desplegando todos sus efectos a lo largo del tiempo” (Párrafo 3), es decir es el resultado de un proceso previo con definición por parte de un juez, sin embargo, en el régimen publico ello es diferente pues “en el estatuto público la propia entidad pública puede conocer la causal, reconocer su realidad y dar por terminado el contrato” (Ramos Acevedo & Ramos Acevedo, 2013, pág. 179).

En este sentido, si bien la declaratoria de nulidad en el régimen público puede ser declarada de oficio por la administración, es necesario recordar como cita Londoño Tamayo (2014) a Gorge Vedel (1980, pág. 412) al mencionar que:

Cuando el vicio de nulidad que aqueja al contrato no comprende sus elementos estructurales sino otros que se podrían llamar accidentales es evidente que el decreto de nulidad no destruye por entero el contrato sino la parte viciosa, cuestión esta que se desprende del principio de conservación del negocio jurídico. (pág. 9)

Es entonces en este momento investigativo cuando resulta menester precisar, que si bien una de las causales taxativas de la nulidad absoluta contenida en la Ley 80 de 1993 es la declaración de nulidad de un acto en el que se funde el contrato administrativo, la nulidad relativa también es

una figura jurídica contemplada en el estatuto contractual, por lo que no todo vicio en los contratos estatales conlleva a la extinción del mismo.

La nulidad relativa como lo explica Concha (2014):

Tiene lugar respecto de todo vicio de invalidez que no dé lugar expresamente a una causal de nulidad absoluta, y en especial cuando falta algún requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las partes. (pág. 256)

Recordemos que las nulidades relativas son saneables, ya sea por ratificación expresa de los interesados o con el paso del tiempo, además de ello, el estatuto contractual prevé otros vicios de forma o procedimiento que por su naturaleza no generan nulidad alguna, de tal forma que el artículo 49 de la Ley 80/1993 establece que en el evento en que se presente en el contrato un vicio de forma o procedimiento que no genere nulidad absoluta ni relativa el jefe o representante legal de la entidad puede sanearlo mediante acto motivado, siempre que las necesidades del servicio lo exigen o las reglas de la buena administración lo aconsejen.

Hasta el momento hemos analizado en términos generales los efectos de las nulidades contenidas en el estatuto contractual, no obstante, la figura de la nulidad en la administración pública y en la contratación estatal puede generarse desde mucho antes, toda vez que la Ley 80 de 1993, art. 44, numeral 4º, establece como causal de nulidad absoluta que “Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”, siendo el pliego de condiciones por su naturaleza, el acto administrativo predominante en el cual se funda el contrato estatal.

En el presente trabajo, únicamente se abordan las causales de nulidad absoluta del contrato, puesto que las mismas tienen la entidad de interrumpir la satisfacción del interés general, pues impiden la ejecución del mismo o generan sobrecostos a la administración, ya que no son susceptibles de ser convalidadas o subsanadas por las partes, pudiendo incluso la entidad, a través de su representante legal, darlo por terminado mediante acto administrativo motivado, sin necesidad de acudir al juez del contrato, cuando se presenten las causales relacionadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 transcrito, conforme a la facultad dada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

2.3.La nulidad del pliego de condiciones como causal de nulidad del contrato.

Aunque el estatuto contractual no contempla las nulidades propias del pliego de condiciones éste por ser el mismo un acto administrativo, es susceptible de nulidad por las causales propias de los actos administrativos de carácter general.

2.3.1. Configuración y Causales.

Para empezar a analizar las causales que pueden generar la nulidad del pliego de condiciones como acto administrativo previo, es necesario recalcar que el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 establece:

Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso (...). (Ley 1437, 2011, artículo 141)

En este sentido, el mencionado artículo 137 de la Ley 1437 de 2011- CPACA. nos remite a las causales generales de la nulidad del acto administrativo de carácter general las cuales son:

- i) haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse
- ii) que fuera expedido sin competencia
- iii) que fuera expedido de forma irregular
- iv) que fuera expedido con desconocimiento del derecho a audiencia y defensa
- v) que fuera expedido mediante falsa motivación y
- vi) que fuera expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Ahora bien, recordemos que las modificaciones a los pliegos solo pueden ser realizadas a través de adendas, y que las mismas dentro del proceso precontractual ostentan la calidad de actos administrativos, por lo que no se encuentran exentos estar justificados razonablemente, es decir no pueden ser arbitrarias de tal forma que:

Si bien es cierto que resulta procedente introducir (...) modificaciones al pliego de condiciones antes del cierre de la licitación y si, como ha señalado la Sala la propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias”, sujeción estricta que obviamente se

hace extensiva a las modificaciones que a ellos se introduzcan, no lo es menos que a la entidad licitante le está vedado introducir modificaciones en orden a cambiar radicalmente uno de los factores de evaluación, el precio, y determinar que se aplicaría la media geométrica, para así acudir al expediente de la declaratoria de desierta, alegando que todas las propuestas superaron el presupuesto oficial. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, Expediente 15005)

Conforme a lo expuesto, la vulneración de los principios aplicables a la contratación estatal, vulneración que también puede presentarse en la modificación de los elementos esenciales del pliego de condiciones, configura las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos de carácter general establecidas en los numerales i) y vi) relacionados del artículo 137 del CPACA, éstas son: haberse expedido vi) Con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió y i) Con infracción de las normas en que deberían fundarse, dado que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha asimilado dicha vulneración de principios con el objeto y la causa ilícita, enmarcadas a su vez en las mencionadas causales, en el mismo sentido las modificaciones que se realizan al pliego de condiciones a través de la adenda, también pueden generar la nulidad del pliego ya que hacen parte integral del mismo, y posteriormente del contrato estatal.

En este orden de ideas la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha sostenido de manera reiterada que una incorrecta modificación, sobre todo cuando la misma es sustancial al pliego, genera por violación de principios, la nulidad del acto.

3. La adenda y los elementos esenciales del pliego de condiciones

De acuerdo con lo planteado en el presente trabajo, nos encontramos que las limitaciones a la modificación del pliego de condiciones mediante adenda se encuentran determinadas en primer lugar en el tiempo en que se realizan y en segunda instancia en lo que modifican, si ello es sustancial o no, esta alteración de las condiciones sustanciales del pliego de condiciones necesariamente lleva a la vulneración de algún principio de contratación, especialmente los de planeación y selección objetiva.

Es importante recalcar que una vez suscrito el contrato, la ley 80 de 1994 en su artículo 44.4 establece como causal de nulidad del mismo que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, en este sentido, siendo el pliego de condiciones un acto administrativo precontractual, resulta evidente la necesidad de una adecuada estructuración y modificación del pliego de condiciones para de esta manera evitar nulidades del contrato y lograr la satisfacción efectiva del interés general.

3.1. Elementos esenciales del Pliego de Condiciones en el marco de aplicación de los elementos esenciales del contrato.

En el panorama descrito y ante la dificultad que existe para definir los elementos esenciales del pliego de condiciones dado que la jurisprudencia los remite a la definición para cada caso concreto dependiendo de la necesidad que se requiera satisfacer, el presente trabajo pretende dar una solución a este problema, basado en un ejercicio analógico entre los elementos esenciales del contrato de conformidad con la normatividad civil, para determinar, si es posible, cuáles serían los elementos esenciales del pliego de condiciones y, por tanto, determinar de manera objetiva, qué elementos son modificables y cuáles no. Para este propósito es necesario comenzar con la definición de la analogía y la posibilidad de aplicación de la misma al caso concreto.

3.2. Analogía.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española – RAE (2016), la analogía es: “Relación de semejanza entre distintas cosas / Método por el que una norma jurídica se extiende por identidad de razón a casos no comprendidos en ella”.

Tradicionalmente se habla de aplicación analógica de enunciados jurídicos “cuando uno de éstos, que se ha formulado para un supuesto determinado, se aplica a un supuesto distinto, que coincide con el primero en los aspectos esenciales” (Klug, 2004, pág. 139)

En términos generales, el razonamiento analógico se concibe como:

La transferencia de parte del conocimiento de un dominio ya conocido (dominio fuente) a un dominio nuevo (dominio meta u objetivo) (...) La correspondencia que se establece entre ambos recibe el nombre de extrapolación, proceso que permite importar el conocimiento del dominio fuente al dominio meta. (González Labra, 1997, pág. 21)

El artículo 13 de la ley 80 de 1993, referido a la normatividad aplicable a los contratos estatales establece que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. (Ley 80, 1993, artículo 13)

En este entendido y dado que expresamente el estatuto de contratación estatal no hace referencia a la analogía, nos remitiremos en virtud de la norma en mención, a la normatividad colombiana que la contempla.

- El artículo 8º de la Ley 153 de 1887: Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho
- Decreto 410 DE 1971, Código de Comercio. Artículo 1. APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

La Corte Constitucional en Sentencia T - 212/01, manifiesta que el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 se refiere a la aplicación analógica de la ley y al respecto establece:

El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración:

- a) Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión;
- b) Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador;

- c) Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-212 de 2001)

De acuerdo con la ley aplicable en materia de contratación estatal y al aparte jurisprudencial antes transcrito, se concluye que en el ordenamiento jurídico colombiano es permitida la aplicación de la analogía cuando no haya ley que regule el caso concreto, bajo este entendido la jurisprudencia ha determinado los elementos que deben verificarse para su configuración, los cuales se analizarán a continuación frente al caso que nos ocupa:

Requisito de estudio para la procedencia de la analogía consagrada en nuestro ordenamiento jurídico.	Comparación respecto al caso concreto, para determinar si se dan los supuestos legales para la aplicación de la analogía.
Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión;	Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, no existe una norma que expresamente manifieste cuáles son los elementos esenciales del pliego de condiciones que no pueden ser modificados.
Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador	El pliego de condiciones es un documento que contiene las reglas del futuro contrato estatal, y que hará parte integral del mismo, lo que indica que es un caso similar.
Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo	La razón a tener en consideración para la aplicación de los elementos esenciales del contrato como elementos esenciales del pliego de condiciones es la misma, la cual consiste en evitar que la modificación de dicho documento trasgreda los límites y genere como consecuencia la nulidad del mencionado documento y propender por la efectiva satisfacción del interés general.

Tabla No. 6. Autoría Propia

3.3. Elementos esenciales del contrato.

Los elementos que integran el contenido del contrato son esenciales, naturales y accidentales, los cuales, a partir de la elaboración doctrinaria medieval, caracterizan cada tipo contractual. Al respecto, el Código Civil colombiano dispone:

Artículo 1501.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Al respecto el Consejo de Estado establece:

En efecto, tratándose de los elementos esenciales del contrato, las normas legales correspondientes a cada tipo los determinan, mientras que, respecto de los elementos accidentales, son las partes quienes con base en el ejercicio de su autonomía contractual definen el contenido del contrato agregando las cláusulas que consideren pertinentes. La naturaleza del contrato se presenta como relevante al momento de interpretarlo, tal como lo dispone el artículo 1621 del Código Civil.

(...) De la anterior exposición, se puede concluir que la naturaleza de los diferentes contratos de derecho privado y de los contratos estatales, tiene trascendencia jurídica (...) en

la fase de su formación: para determinar el contenido del mismo con base en los elementos esenciales, accidentales y, especialmente, naturales; en la interpretación: para fijar el significado relevante que mejor cuadre con su naturaleza; en la calificación: para definir el tipo contractual al cual pertenece; en la integración: para el reconocimiento de los efectos que emergen de su misma naturaleza. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2007. Expediente 00369-01) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Tenemos entonces que aquellos elementos esenciales en el derecho privado son:

1. Aquellos sin los cuales el contrato o no produce efecto o,
2. Sin los cuáles degenera en otro contrato.

En este sentido, un contrato no produce efecto (1) cuando carece de capacidad, voluntad, objeto lícito y causa lícita, de acuerdo a los requisitos para obligarse establecidos en el artículo 1502⁷ del Código Civil Colombiano. Así mismo, la omisión de estos requisitos deriva en la nulidad absoluta del contrato, definida en iguales términos en el artículo 1740 de la misma normatividad.

⁷ Ley 84 de 1993. **Art. 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

La falta de un elemento esencial implica la falta del acto jurídico que se pretendió celebrar. (Tamayo Lombana, 2004, pág. 102).

Frente a la nulidad de los contratos en derecho civil, el Código Civil Colombiano (Ley 84 de 1873) establece:

Artículo 1740. Concepto y clases de nulidad. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio... La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto mientras que la pretermisión de las que se piden “para el valor”, determina la nulidad absoluta del negocio si estas se pidieron en atención a su naturaleza. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2015, Expediente 37.566)

Mientras la inexistencia corresponde con el no ser del negocio, “la nulidad es su falta de validez.” (Bohorquez Orduz, 2009, pág. 123), y así se determina en el artículo 1741 del Código Civil Colombiano:

Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto⁸ o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo la nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Como ha sido práctica en el presente trabajo, para una mejor comprensión de las causales de nulidad absoluta del contrato civil en el contexto estudiado, a continuación, se hace la siguiente ilustración:

LEY 84 de 1993	CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA	Relación con elementos esenciales del contrato
ARTÍCULO 1741	Objeto ilícito	Elemento sin el cual el contrato no produce efectos
ARTÍCULO 1741	Causa ilícita	Elemento sin el cual el contrato no produce efectos

⁸ Código Civil Colombiano, Art. 1519. OBJETO ILÍCITO. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

LEY 84 de 1993	CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA	Relación con elementos esenciales del contrato
ARTÍCULO 1741	Omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos	Elemento sin el cual degenera en otro contrato
ARTÍCULO 1741	Los actos y contratos de personas absolutamente incapaces	Elemento sin el cual el contrato no produce efectos- que sea legalmente capaz

Tabla No.7. Autoría Propia

Frente al objeto ilícito el Consejo de Estado ha establecido:

Los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”, y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe, así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente

no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda, pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

... Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción.

... Así que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2007. Expediente 00369-01)

Por otro lado, considera Domat citado en Compagnucci (1992) “a la causa como un elemento esencial de todo tipo de obligación” (pág. 172). En los mismos términos la define Duce cuando dice “No hay obligación sin causa” (*nulla obligatio est sine causa*) (Compagnucci de Caso, 1992, pág. 172), es decir que la causa adquiere categoría de requisito indispensable.

La causa es la razón legal que justifica la contratación estatal en general, y es independiente de la causa específica de cada contrato en particular, pues en el campo de la contratación del Estado la legalidad prima sobre la simple intención y libertad contractual, a punto que, si el acuerdo de voluntades no busca la eficiente y continua prestación del servicio público, a pesar de que el objeto en sí mismo sea legítimo, en su finalidad, el contrato estará viciado en su validez. (Expósito Vélez, 2013, págs. 122-123).

Partiendo de la necesidad de identificar de manera clara estos elementos esenciales del pliego de condiciones y acudiendo a la metodología deductiva desde la exclusión normativa, definiremos sus elementos esenciales considerando las causales de nulidad absoluta del contrato civil previstas en el artículo 1741 del Código Civil, en consideración a los elementos esenciales del mencionado contrato civil, dado que de prosperar dicha nulidad, el pliego de condiciones no produciría efectos, impidiendo de ésta manera la satisfacción del interés general, no ocurriendo lo mismo con las nulidades relativas que son subsanables.

Conforme a lo anterior, realizaremos el ejercicio analógico respectivo, para determinar cuáles elementos del pliego de condiciones se refieren a la esencia de este, teniendo como base los elementos sin los cuales no produce efectos y pudieran generar la nulidad absoluta del mismo, así como los elementos que podrían degenerar en otra clase de modalidad contractual u objeto contractual, de la siguiente manera:

1. Aquellos sin los cuales no produciría efectos, tales como la capacidad (que tiene relación directa con la competencia), el objeto lícito y la causa lícita, elementos también esenciales del acto administrativo de carácter general. El consentimiento no sería aplicable como elemento esencial del pliego de condiciones por ser este a su vez un acto administrativo que por naturaleza es unilateral.
2. Los que degeneran en otro contrato, para esta causal específica debemos tener en cuenta no solamente las modificaciones al pliego de condiciones que degeneren en otro tipo de contrato, sino también las que modifiquen la modalidad de contratación.

A partir del análisis anteriormente planteado, a continuación, se presentan cada uno de los requisitos mínimos que debe contener el pliego de condiciones conforme a la ley – Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3., revisando para cada uno de ellos cuál sería su equivalente a un requisito sustancial o esencial, y, por lo tanto, no susceptible de modificación mediante adenda.

<i>Requisito</i>	<i>Sustancial</i>	<i>Razón</i>	<i>Analogía elementos esenciales de los contratos o causal nulidad absoluta</i>
<i>La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.</i>	SI	La contratación pública nace de una necesidad específica, por lo que la modificación de ella podría cambiar el objeto contractual, modificar presupuesto y alterar la modalidad de selección.	Elemento esencial vulnerado: Podría degenerar en otro contrato o modalidad. Por objeto o causa ilícita.
<i>La modalidad del proceso de selección y su justificación.</i>	SI	El tipo de modalidad está ligada al objeto contractual, por lo que una modificación de ella acarrea una variación en el mismo.	Elemento esencial vulnerado: Podría degenerar en otro contrato o modalidad. Por objeto o causa ilícita.
<i>Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.</i>	NO	Su modificación no altera los elementos esenciales descritos, así como tampoco altera el objeto contractual ni degenera en otro contrato ni modalidad de selección.	

<i>Requisito</i>	<i>Sustancial</i>	<i>Razón</i>	<i>Analogía elementos esenciales de los contratos o causal nulidad absoluta</i>
<i>Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.</i>	SI/NO	No son sustanciales siempre que las modificaciones de costo no modifiquen la modalidad de selección y si bien la calidad se encuentra relacionada directamente con la necesidad que la entidad pretende satisfacer, las mismas pueden ser modificadas siempre que no degeneren en otra clase de bien o servicio requerido.	
<i>Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato</i>	NO	Debido a que se trata de requisitos de la forma o del cómo deben presentarse las propuestas, y cómo se desarrolla la evaluación y la adjudicación del contrato. Teniendo en cuenta que para estos dos aspectos la ley establece requisitos que las entidades deben cumplir (cuales son requisitos habilitantes- subsanables y cuales calificables, plazos para expedir adendas, etc), y que no son susceptibles de modificación vía pliego de condiciones.	
<i>Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.</i>	NO	Estas causas se encuentran sujetas a requisitos legales, por lo que si bien la modificación es viable, tan solo lo es dentro de los límites legales (Teniendo en consideración los requisitos habilitantes y la	

Requisito	Sustancial	Razón	Analogía elementos esenciales de los contratos o causal nulidad absoluta
		posibilidad de subsanación de los mismos).	
<i>El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.</i>	SI/NO	No podría ser modificado el valor del proceso contractual, siempre que dicho cambio modifique la modalidad de contratación. Los demás elementos de este ítem, podrían ser modificados dado que su modificación no altera los elementos esenciales descritos así como tampoco altera el objeto contractual ni degenera en otro contrato ni modalidad de selección.	
<i>Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.</i>	NO	Los riesgos dependen de elementos externos, por lo que la modificación en este punto está sujeta a la previsibilidad, que puede generar modificaciones necesarias.	
<i>Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.</i>	NO	Las garantías pueden ser modificadas considerando los riesgos del contrato a celebrar en cuanto a su determinación. No obstante, lo anterior, para su definición también se tendrá en cuenta la obligatoriedad y alcance establecidas en la ley.	
<i>La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.</i>	NO	Es modificable en cuanto que hace relación a la mera mención de la existencia o no del mismo, dado que su modificación no altera los elementos esenciales descritos así como tampoco altera el objeto contractual ni degenera	

<i>Requisito</i>	<i>Sustancial</i>	<i>Razón</i>	<i>Analogía elementos esenciales de los contratos o causal nulidad absoluta</i>
		en otro contrato ni modalidad de selección	
<i>Los términos, condiciones y minuta del contrato.</i>	SI/NO	Dado que la minuta del contrato contiene la mayoría de los elementos contenidos en el pliego de condiciones la misma puede ser modificada en los elementos que según el pliego son modificables, en los que pertenecen a la esencia del proceso contractual y del futuro contrato, no podrán ser modificados Ej. objeto.	
<i>Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.</i>	NO	Su modificación no altera los elementos esenciales descritos así como tampoco altera el objeto contractual ni degenera en otro contrato ni modalidad de selección.	
<i>El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir adendas.</i>	NO	Puede modificarse siempre que se encuentre dentro del establecido por la Ley.	
<i>El Cronograma.</i>	NO	Su modificación no altera los elementos esenciales descritos así como tampoco altera el objeto contractual ni degenera en otro contrato ni modalidad de selección, su modificación es posible incluso después de la presentación de las propuestas	

*Tabla No. 8. Autoría propia.

Con base al estudio legal jurisprudencial y doctrinario realizado en el presente trabajo, se concluye que es posible determinar de manera más clara, concisa y objetiva los elementos del pliego de condiciones que pueden ser considerados de su esencia, para de esta manera establecerlos de manera precisa sin que dé cabida la discrecionalidad administrativa y de esta manera evitar situaciones que impidan o dificulten la satisfacción del interés general.

4.Reglamentación del pliego de condiciones como mecanismo para reducir la discrecionalidad en su modificación.

Como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo, ante la falta de reglamentación expresa que actualmente existe tanto para la elaboración de los pliegos de condiciones como para la modificación de los mismos, dichos documentos deben estructurarse con arreglo a los principios de la contratación estatal, actos administrativos que deben perseguir como único fin la satisfacción del interés general.

En este sentido la modificación del pliego de condiciones no constituye una actividad aislada de la administración en el marco de la contratación estatal, por el contrario, su característica de fundamentadora de las obligaciones que quedarán contenidas en el contrato estatal y como guía para el proceso de selección del contratista la revisten de una mayor importancia y su estructuración debe ceñirse no solo al régimen de la ley sino que debe realizarse en concordancia y aplicación directa y acuciosa de los principios que guían la contratación pública.

La inadecuada estructuración y modificación del pliego de condiciones conlleva consecuencias tan nefastas para la contratación estatal como lo son, entre otras, los sobrecostos para la administración, adquisición de bienes o servicios de mala calidad o innecesarios, corrupción y la nulidad de los contratos, que generan traumatismos tanto para la administración, los servidores públicos y los administrados o colaboradores, debido a que no se satisface de manera adecuada la necesidad requerida por el Estado, generando traumatismos administrativos, económicos y sociales.

Conforme al análisis jurisprudencial realizado, las causales más reiterativas que inciden en la declaratoria de nulidad de los contratos, son referidas a la vulneración de principios, los cuales marcan referentes de conducta, que llevan implícito un tinte de discrecionalidad para su aplicación, y como consecuencia implican realizar una interpretación de acuerdo a las circunstancias que rodean una determinada situación, lo que dificulta la certeza en las decisiones, generando una delgada línea entre lo permitido y lo no permitido, tanto en la estructuración de las condiciones de contratación como en la modificación y aplicación de las mismas.

De acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo, se podría concluir que la principal causa en la vulneración de principios que se presentan en la contratación estatal y que han servido de fundamento para declarar la nulidad de los contratos, se debe a la discrecionalidad existente en la interpretación y aplicación de los mismos, lo que ha abierto una puerta a que los funcionarios públicos con conocimiento o no de las actuaciones ilegales practicadas, puedan tener la posibilidad de justificar o encuadrar su actuación en el desarrollo de algún principio.

Con la finalidad de evitar la ocurrencia de situaciones que vulneren principios de contratación estatal, en la estructuración y modificación del pliego de condiciones y consecuentemente evitar la nulidad de los contratos y la consecuente responsabilidad de los servidores públicos, a partir del presente trabajo se pretende plantear una posible solución a dicha situación, diferente o complementaria a los pliegos tipo.

5. Pliegos tipo como una de las maneras de combatir la discrecionalidad administrativa en la estructuración y modificación del pliego de condiciones.

La ley 1882 del 15 de enero de 2018, por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones, nace de conformidad con los siguientes objetivos:

El presente proyecto de ley encuentra su fundamento en la creación de pliego de condiciones tipo que serán aplicados a todos los contratos de obra pública con lo que se busca:

- La sana competencia e igualdad de los participantes en los procesos de contratación
- Establecer medidas de fortalecimiento de la eficacia y la transparencia en la gestión contractual
- Se parte de la base que la normatividad actual necesita herramientas a las entidades para la lucha contra la corrupción
- Procura aumentar el número de proponentes en los procesos de selección.

De acuerdo a lo anterior, la ley 1882 de 2018 pretende fortalecer los principios de transparencia y selección objetiva en la contratación estatal, que permitan la participación plural de oferentes para la obtención de la oferta más favorable a los intereses de la entidad, a través del pliego de condiciones tipo que a su vez contribuyen a la disminución de la corrupción en los procesos contractuales, este trabajo comparte las mismas finalidades de la mencionada ley, sin embargo la solución planteada es diferente pero no excluyente, por el contrario busca contribuir de manera complementaria al cumplimiento de dichas finalidades.

Esta normatividad no incide en el presente trabajo para modificar la finalidad del mismo, toda vez que como se ha expresado, la posibilidad de pliegos tipo es complementaria a la solución planteada respecto a la definición de los elementos que pueden ser modificados del pliego de condiciones, dos soluciones que de manera independiente pero complementaria buscan reducir las decisiones discrecionales en los procesos de contratación estatal, como herramientas para la disminución de la corrupción y para propender por la efectiva satisfacción del interés general.

No se puede negar que los pliegos tipo son un avance significativo en la lucha contra la corrupción y que en gran medida contribuyen a cerrar la brecha que abre la discrecionalidad en la aplicación de principios en la estructuración y modificación de los pliegos de condiciones conforme a lo explicado a lo largo del presente trabajo.

Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las facultades determinadas en la Ley 4170 de 2011, artículo 3 y en el Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.2.5.2 ha estructurado los siguientes documentos tipo:

Documento	Obligatoriedad
1. Pliego de condiciones tipo para contratos de obra pública,	Conforme a lo establecido en el encabezado de dicho documento: “ <u>Su uso es obligatorio cuando se trate de contratos derivados de contratos plan y se recomienda su uso</u> en los demás Procesos de Contratación que tengan dicho objeto”. (subrayado fuera de texto)
2. Pliego de condiciones tipo para contratos de obra pública – Contratos Plan,	El documento no dice nada respecto a su obligatoriedad, sin embargo por tratarse de Contratos Plan, de conformidad con el numeral primero se podría concluir que son obligatorios.
3. Apéndice de requisitos habilitantes – documentos tipo de obra pública Contratos Plan	El documento no dice nada respecto a su obligatoriedad, sin embargo por tratarse de Contratos Plan, de conformidad con el numeral primero se podría concluir que son obligatorios.
4. Pliego de condiciones tipo para Procesos de Contratación de servicios de consultoría,	Conforme a lo establecido en el encabezado de dicho documento: “Colombia Compra Eficiente (...) <u>recomienda su uso</u> en Procesos de Contratación que tengan dicho objeto” (subrayado fuera de texto)
5. Pliego de condiciones tipo para Procesos de Contratación de servicios de interventoría	Conforme a lo establecido en el encabezado de dicho documento: “Colombia Compra Eficiente (...) <u>recomienda su uso</u> en Procesos de Contratación que tengan dicho objeto” (subrayado fuera de texto)
6. Pliego de condiciones tipo para la celebración de contratos de suministro	“ <u>se recomienda su uso</u> por las Entidades Estatales que adelanten Procesos de Contratación que tengan dicho objeto” (subrayado fuera de texto)

*Tabla No. 9. Autoría Propia.

En concordancia con el cuadro anterior, en la página web de la entidad Colombia Compra Eficiente se puede leer la siguiente información:

Como regla general, los documentos tipo son de carácter informativo con el fin de guiar a las Entidades Estatales en la elaboración de los mismos (...) Sin embargo, para el caso de las Entidades Estatales que ejecuten recursos del presupuesto general de la Nación en desarrollo de contratos plan a través de Procesos de Contratación de obra pública están obligadas a utilizar: (i) Pliego de obra pública tipo para contratos plan. (ii) Contrato de obra pública tipo para contratos plan. (iii) Apéndice de requisitos habilitantes para contratos plan. (Colombia Compra Eficiente, 2018)

De acuerdo con lo anteriormente dicho, la utilización de los pliegos tipo actualmente no es obligatoria en Colombia, salvo los tres casos relacionados, no obstante la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 en su artículo 4, por medio del cual adiciona el parágrafo 7 al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, determina que el gobierno nacional adoptará documentos tipo para pliego de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventorías y consultorías, procesos que tienen dos modalidades de contratación diferentes, de lo que se puede concluir que los pliegos tipo deberán tener en consideración la modalidad de selección del objeto a contratar, lo cual es completamente lógico, dado que las reglas para cada uno de ellos varían, no sucede lo mismo con la solución planteada en este trabajo, pues la reglamentación diseñada se refiere a elementos generales y transversales a todos los procesos de contratación independientemente de su modalidad de selección, por lo que aplica de igual manera para todos.

El cuerpo normativo referenciado evidencia, los esfuerzos que realiza el Estado colombiano en la lucha contra la corrupción que puede generarse en la estructuración y modificación de los pliegos de condiciones como instrumento principal de la contratación estatal, encontrando como

posible salida la estandarización de pliegos tipo los cuales buscan objetivizar lo que más sea posible la realización de dichos documentos, para reducir la aplicación de criterios discrecionales que pueden volverse subjetivos en la aplicación de los principios.

Tal y como se manifestó en el presente trabajo, la estructuración de pliegos tipo, aunque sirve de control en la estructuración y modificación de los pliegos de condiciones al interior de las entidades, los mismos per se no son completamente efectivos, dado que habrá factores especialmente de escogencia (habilitantes y técnicos) y de calificación que dependerán de las necesidades específicas del caso o la necesidad concreta que se requiera satisfacer por parte de la entidad estatal, ya que los mismos deberán estar soportados en el estudio del sector y en los estudios previos de acuerdo al mercado existente para el bien o servicio requerido, los que serán de imposible estandarización o que de estandarizarse los mismos no se ajusten a la especial necesidad que se pretenda satisfacer y que por ser de obligatorio cumplimiento deban aplicarse so pena de las consecuencias que pudieran generarse al servidor público con su inobservancia, pero que dependiendo del caso concreto no van a permitir la selección objetiva y como consecuencia la imposibilidad de lograr la satisfacción del interés general, que es el único fin de la contratación estatal.

Al respecto González López (2010), establece:

La Ley no determina ni puede determinar el contenido preciso y detallado del pliego de condiciones por razones de eficacia y por la imposibilidad de prever con exactitud los derechos, reglas y obligaciones propios de las particularidades del objeto a contratar. Por

ello se otorga una facultad discrecional para incluir en el proceso y en los contratos las condiciones lícitas que considere convenientes y necesarias ... (pág. 88)

Es así como, con la finalidad de evitar la ocurrencia de situaciones que vulneren principios de contratación estatal, en la estructuración del pliego de condiciones así como para evitar circunstancias que pudieran afectar la satisfacción del interés general y como consecuencia el incumplimiento de los fines estatales, a partir del presente trabajo de investigación se plantea como solución a dicha situación una reglamentación más concreta con respecto a los elementos del pliego de condiciones y la naturaleza de los mismos, para determinar expresamente si dicho elemento pertenece o no a la esencia del pliego y como consecuencia del futuro contrato, teniendo de ésta manera un precedente objetivo para el análisis en la estructuración y modificación del pliego, que se plasman de manera clara en la reglamentación, lo que permitiría reducir el margen de discrecionalidad, permitiendo así el desarrollo efectivo de los principios de contratación estatal y como resultado la satisfacción del interés general y el cumplimiento efectivo de los fines estatales.

Por lo anterior, como medida que contribuya a la disminución de las actuaciones de la administración en la etapa pre contractual que puedan generar la nulidad del contrato, surge la necesidad de una reglamentación expresa frente al contenido, alcance y aplicación del pliego de condiciones más que una estandarización de pliegos tipo, considerando que cada necesidad es diferente, determinando, conforme a lo expuesto en el presente trabajo, cuáles elementos de los que integran el pliego de condiciones pueden ser modificados o no, como resultado de la analogía con los elementos esenciales del contrato establecidos en el Código Civil colombiano

para de ésta manera determinar los elementos esenciales del pliego de condiciones el cual finalmente hará parte del contrato estatal.

Se busca en esta oportunidad generar claridad desde el punto normativo para no tener que acudir a la interpretación para el caso concreto en la definición de los requisitos que son considerados de la esencia del pliego de condiciones, y como consecuencia, inmodificables, lo cual permitirá practicidad y seguridad en la toma de decisiones al respecto.

La solución planteada consiste en tomar en consideración cada uno de los elementos que conforme a la Ley deben hacer parte del pliego de condiciones hoy Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3., y analizar, como ya se hizo, frente a cada uno de los mencionados elementos si los mismos podrían ser considerados como un elemento esencial o sustancial del pliego, en aplicación de la analogía con los elementos esenciales del contrato los elementos: 1) Sin los cuales el pliego de condiciones no produciría efectos, tales como la capacidad (que tiene relación directa con la competencia), el objeto lícito y la causa lícita, elementos también esenciales del acto administrativo de carácter general, el consentimiento no sería aplicable como elemento esencial del pliego de condiciones por ser este a su vez un acto administrativo que por naturaleza es unilateral y 2) los elementos que modificados degenerarían en otro contrato, teniendo en consideración no solamente las modificaciones al pliego de condiciones que degeneren en otro tipo de contrato, sino también las que modifiquen la modalidad de contratación.

Como ejemplo de la reglamentación detallada planteada, se podría considerar modificar el Decreto 1082 de 2015 para incluir al artículo 2.2.1.1.2.1.3., referido al contenido mínimo del pliego de condiciones el siguiente parágrafo:

“El pliego de condiciones podrá ser modificado mediante adenda en todos sus componentes siempre que dichas modificaciones tengan como único fundamento la adecuada satisfacción del interés general y que no se refieran a elementos sustanciales del pliego de condiciones. Entiéndase como elementos sustanciales del pliego de condiciones los que modificados podrían degenerar en otro contrato o modalidad de selección tales como, la descripción técnica del bien o servicio objeto del contrato, la modalidad de contratación y el cambio del valor o del objeto que puedan degenerar en otro contrato u otra modalidad de contratación”.

Lo anterior no indica que se descarten por completo los pliegos tipo, al contrario, los mismos son complementarios de la reglamentación planteada, ya que conforme a lo expuesto dichos documentos por si solos no resuelven la situación descrita, en este sentido la reglamentación de los mencionados documentos tipo, deberá, además, permitir que los funcionarios públicos responsables de la contratación estatal, dependiendo de la situación específica puedan apartarse de ellos, por supuesto realizando la debida motivación ya que se trata de un acto administrativo.

En este mismo sentido, la reglamentación planteada tampoco implica la inaplicación de los principios procedentes en la contratación estatal, en virtud de las facultades discrecionales, en lo que tiene que ver con la estructuración y especialmente con la modificación del pliego de condiciones, lo que se busca es contribuir a cerrar cada vez más la brecha que se presenta en el

ámbito de la discrecionalidad, sin implicar que la misma desaparezca, se trata de brindar certeza respecto a los elementos que pueden ser modificados para de ésta manera tomar decisiones más expeditas y objetivas, igualmente en donde se generen dudas, las mismas deberán resolverse en aplicación de los principios.

Conclusiones.

El contrato estatal es el instrumento a través del cual las entidades estatales cumplen con sus cometidos en aras de la satisfacción del interés general como principal fin del Estado, para llegar a la concreción de dicho documento, es necesario llevar a cabo de manera previa el proceso de selección correspondiente, etapa en la cual el pliego de condiciones es la herramienta principal puesto que contiene la descripción de la necesidad, la forma de satisfacerla y las condiciones que deben cumplir los proponentes para hacerse adjudicatarios del contrato.

En el contexto planteado y una vez evidenciado el papel fundamental que juega el pliego de condiciones en la satisfacción del interés general, se tiene que a pesar de su innegable importancia, ni su estructuración ni su modificación, a través de la adenda, se encuentran reglamentados en Colombia en cuanto su alcance y límites, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha llenado este vacío, determinando que no podrán modificarse los elementos esenciales de los pliegos de condiciones y remite a la aplicación de principios de la contratación estatal para llevar a cabo la mencionada estructuración y modificación.

La proliferación de principios en la contratación estatal instaurados como único límite en la modificación del pliego de condiciones mediante adenda, conlleva a un actuar discrecional del servidor público en la aplicación de los mismos, teniendo en consideración las situaciones propias de cada caso concreto, lo que podría generar una eventual desviación de poder que da origen a la corrupción con consecuencias gravísimas para la administración como sobrecostos en la adquisición de bienes y servicios de mala calidad o innecesarios, lo que conlleva un detrimento patrimonial, nulidad de los contratos, entre otros, lo que en últimas conduce a la imposibilidad de satisfacer el interés general.

Revisada la jurisprudencia colombiana desde la expedición de la ley 80 de 1993, se concluye que la vulneración de principios de la contratación estatal, es asimilada al objeto o causa ilícita y como consecuencia, es la principal causa de la nulidad de los contratos administrativos.

La vulneración de principios en contratación estatal, se presenta en gran medida por la aplicación inadecuada de las facultades discrecionales de la administración, y particularmente frente a la estructuración y modificación del pliego de condiciones se presenta porque el funcionario público deberá hacer para cada caso concreto el análisis y ponderación de principios aplicables ya que dichos principios son la única herramienta con la que cuentan, llevándolos en muchas ocasiones a tomar decisiones erradas dado que transgredan principio o que generen desviación de poder.

Frente a la situación descrita, es importante precisar que una reglamentación expresa respecto al alcance del contenido del pliego de condiciones y sus modificaciones contribuirían a

la reducción de las decisiones discrecionales, generando más objetividad, claridad y tranquilidad en la toma de decisiones en la etapa precontractual que permita la escogencia de la propuesta más favorable a los intereses de la entidad y como consecuencia la efectiva satisfacción del interés general.

La Ley 1882 de 2018, busca a través de la adopción e implementación de los pliegos de condiciones tipo, contribuir a la disminución de la corrupción en los procesos contractuales, lo que implica que dicha ley comparte la finalidad y propuesta del presente trabajo, en el sentido que ve en la reglamentación una salida a este flagelo, sin embargo, la reglamentación planteada por la ley, para la autora del presente trabajo podría no ser suficiente, teniendo en cuenta que cada necesidad tiene unas particularidades propias que deben ser tenidas en cuenta en la estructuración del pliego de condiciones para la adecuada satisfacción de la necesidad planteada, sin embargo, es una solución que no es excluyente sino complementaria a la planteada en este trabajo.

En este sentido, las dificultades o desventajas de los pliegos tipo, en las condiciones planteadas en Ley 1882 de 2018, podrían ser: problemas en su implementación debido a la dificultad en estandarizar las necesidades de las diferentes regiones y la forma de satisfacerlas, solo aplica para unos contratos, no hay flexibilidad y demoras en su implementación dado que además deben considerar cada modalidad de contratación.

Al respecto, como solución se plantea la siguiente reglamentación: modificar el Decreto 1082 de 2015 para incluir al artículo 2.2.1.1.2.1.3., referido al contenido mínimo del pliego de condiciones el siguiente párrafo: “El pliego de condiciones podrá ser modificado mediante

adenda en todos sus componentes siempre que dichas modificaciones tengan como único fundamento la adecuada satisfacción del interés general y que no se refieran a elementos sustanciales del pliego de condiciones. Entiéndase como elementos sustanciales del pliego de condiciones los que modificados podrían degenerar en otro contrato o modalidad de selección tales como, la descripción técnica del bien o servicio objeto del contrato, la modalidad de contratación y el cambio del valor o del objeto que puedan degenerar en otro contrato u otra modalidad de contratación”.

Esta solución planteada no implica la inaplicación los principios procedentes en la contratación estatal, lo que se busca es contribuir a cerrar cada vez más la brecha que se presenta en el ámbito de la discrecionalidad, para evitar sus consecuencias, sin implicar que la misma desaparezca, se trata de brindar certeza respecto a los elementos que pueden ser modificados para de ésta manera tomar decisiones más expeditas y objetivas, igualmente en donde se generen dudas, las mismas deberán resolverse en aplicación de los principios.

En este sentido, otras ventajas de la solución planteada frente al pliego tipo consisten en: Mayor cobertura en su implementación, dado que contempla elementos generales y transversales a todos los procesos de contratación independientemente de la modalidad de selección y del objeto a contratar y que, plantea una solución concreta para evitar la vulneración de principios, estableciendo un precedente objetivo en el análisis en la estructuración y modificación del pliego de condiciones.

Referencias

- Amaya Solarte, F. A. (2014). *Contratos estatales atípicos*. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica.
- Aponte Díaz, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11*, 177-207.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bercaitz, M. Á. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Blanco Zúñiga, G. A. (2002). Los principios generales del derecho en la Constitución de 1991. *Revista de Derecho, Universidad del Norte No. 17*, 248-262.
- Bohorquez Orduz, A. (2009). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano* (Vol. I). Bogotá: Editores Doctrina y Ley Ltda.
- Campos Monge, C. E. (2007). Contratación pública y corrupción. *Revista de Ciencias Juridicas*, 171.
- Canizales Herrera, L. M., & León Galeano, C. F. (2004). Particulares que ejercen funciones públicas para la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá, Cundinamarca, Colombia. Recuperado el 23 de 11 de 2016, de <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5391/129363.pdf?sequence=1>
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Cifuentes, S. (2004). *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, Artículo 48.

Colombia Compra Eficiente. (18 de febrero de 2018). *Obligatoriedad De Manuales Y Guías*

Emitidas Por Colombia Compra Eficiente. Obtenido de

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/obligatoriedad-de-manuales-y-gu%C3%ADas-emitidas-por-colombia-compra-eficiente-0>

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2013 Expediente

No. 27315. Recuperado el 14 de Diciembre de 2016, de Etapa precontractual - CCE:

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248>

Compagnucci de Caso, R. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea.

Concha Machuca, R. (2014). Nulidad y obligaciones naturales: la obligación de restituir contra el

derecho a retener en el Código Civil de Bello. *Revista de Derecho Privado*(26), 255-266.

Consejo de Estado, Sala de Consulta, Sentencia del 1 de abril de 1999. Expediente 91032.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de

abril de 2013. Expediente 27315.

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de

enero de 2016. Expediente 34454.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de

Octubre de 2014. Expediente No. 2520.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de

marzo de 2011. Expediente 17549.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de septiembre de 2013, Expediente 30571.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2007. Expediente 00369-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, Expediente 34648.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de diciembre de 2015. Expediente 51489.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2014, Expediente 28342.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2010. Expediente No. 1992.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Expediente 15963.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expediente 28010.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25642.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15235..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de junio de 2014, Expediente 33319..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 12344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, Expediente 49847.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Expediente 24845.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente 24845..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente 24845..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente 27453..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007. Expediente 15324.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 13416.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de abril de 2012, Expediente 21571..

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 18059.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2015, Expediente 37.566.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, Expediente 15005 (Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2017, Expediente 52805.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010 Exp. 18294.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011 Exp. 18118.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999 Exp. 12344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011 Exp. 17863.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente 17767..

Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 16 de septiembre de, 2013, Expediente 30571.

Consejo de Estado. Sala de Consulta, Sentencia del 17 de abril de 1996. Expediente No. 240527.

Contraloría del Valle del Cauca. (04 de septiembre de 2014). *¿Qué es la responsabilidad fiscal?*

Obtenido de <http://www.contraloriavalledelcauca.gov.co/publicaciones.php?id=31716>

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 034 de 2014.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 644 de 2011.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-053 de 2001.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-069 de 1995.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-212 de 2001.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-412 de 2017.

CPACA, Ley 1437 de 2011, art. 45.

CPACA, Ley 1437 de 2011, artículo 41.

Cuellar Cruz, Maria Lorena - Procuraduría General de la Nación. (2010). *Recomendación para la elaboración de estudios previos. Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*. Bogotá D.C.: Procuraduría General de la Nación. Colombia.

De Silvestri Saade, R. A. (2010). *Las obligaciones en el derecho privado*. Barranquilla: Universidad del Atlántico.

Decreto 066 de 2008, artículo 7.

Decreto Nacional 734 de 2012, Artículo 2.1.1., Parágrafo 2°.

- Desdentado Daroca, E. (1999). *La discrecionalidad administrativa*. Pamplona: Arazandi.
- Dromi, R. (1996). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Expósito Vélez, J. C. (2005). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. (2016). El contrato estatal como herramienta para la paz. En J. C. Expósito Vélez, *La constitucionalización del derecho administrativo - Tomo II El derecho adminitstivo para la paz* (pág. 575). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. (2017). La planeación y la validez del Contrato Estatal. En J. C. Expósito Vélez, *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo* (pág. 65). Bogotá: Universidad extrenado de Colombia.
- Fajardo Gómez, M. (2013). Diferenciación entre requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones. En M. F. Gómez, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana* (págs. 158,159). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García de Enterría, E., & Fernández Tomas, R. (1986). *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Civitas S.A.

García González, J. (1994). *Nuevo régimen de contratación administrativa. Segunda Edición.*

Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

Gómez Lee, I. D. (2017). Seguridad jurídica en la responsabilidad disciplinaria y fiscal por la

violación de principios en la contratación estatal. En I. D. Gómez Lee, *Contratos*

públicos, problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de

Derecho Administrativo (pág. 294). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González Labra, M. J. (1997). *Aprendizaje por analogía- Análisis del proceso de inferencia*

analógica para la adquisición de nuevos conocimientos. Madrid: Trotta S.A.

González López, E. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma*

consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Bogotá: Universidad

Externado de Colombia.

Güecha Medina, C. N. (2015). *Contratos administrativos - Control de legalidad en el*

procedimiento administrativo de contratación (Tercera ed.). Bogotá: Grupo Editorial

Ibañez.

Hoyos Lazziano, R. (2011). Nulidades en los contratos estatales. Bogotá D.C., Cundinamarca,

Colombia.

Jiménez Gil, W. (2008). Reglas y principios. *Misión jurídica, Revista de derecho y ciencias*

sociales ISSN 1794-600X Número 1, enero - diciembre, 30-43.

Jinesta L., E. (2008). *Responsabilidad administrativa, constitución y derechos fundamentales en*

la ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios homenaje Héctor Fix-Zamudio

en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: UNAM.

Klug, U. (2004). *Lógica jurídica*. Bogotá: TEMIS S.A.

La Ley 80 (1993, artículo 25, numeral 7°) . (s.f.).

Ley 1437, 2011, artículo 141.

Ley 80 (1993, artículo 25, numeral 12°.

Ley 80 (1993, Artículo 25, numeral 5°) (1993).

Ley 80, 1993, artículo 13.

Ley 80, 1993, artículo 23.

Ley 80, 1993, artículo 24.

Ley 80, 1993, artículo 25, numeral 12°.

Ley 80, 1993, artículo 32 (1993).

Ley 80,1993, artículo 25, numeral 12°.

Londoño Tamayo, I. M. (2014). *La Nulidad Absoluta En Los Contratos Estatales* . Obtenido de

Repositorio Universidad Militar Nueva Granada:

<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12273/1/LA%20NULIDAD%20ABSOLUTA%20EN%20LOS%20CONTRATOS%20ESTATALES%20PDF.pdf>

Lozano Villegas, G. (2017). La contratación estatal como instrumento contra la corrupción. En

G. Lozano Villegas, *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII*

Jornadas internacionales de derecho administrativo (pág. 316). Bogotá: Universidad

Externado de Colombia.

Marín Hernández, H. A. (2012). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad

Externado de Colombia.

Martinez Herrera, D., & Gonzalez Salguero, E. (25 de Abril de 2014). *Repositorio Institucional*

UMNG. Obtenido de El principio de transparencia en la contratación estatal:

<http://hdl.handle.net/10654/12282>

Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratación de la administración pública reforma de*

la Ley 80 de 1993. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Melendez, J. I. (2015). *Tratado de derecho de los contratos estatales y de la responsabilidad*

contractual. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Miranda Medina, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación

pública colombiana. *Revista Verba Iuris*, 11(35)., 65-84.

Momberg Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de

intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho Valdivia*. Vol. XXVI No. 1, 0-27.

Ocampo, F. J. (1918). *Nulidad e inexistencia de los actos juridicos*. Bogotá D.C. : Tipografia

Minerva.

O'Meara, J. A. (11 de Juio de 2016). *Un régimen de Responsabilidad fiscal objetivo*. Obtenido de

Ámbito jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/un-regimen-de-responsabilidad-fiscal-objetivo>

Palacio Hincapie, J. A. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. (Sexta ed.). Medellin:

Libreria Juridica Sánchez. Obtenido de La Contratación de las Entidades Estatales.

Palacios Oviedo, M. (27 de Septiembre de 2016). *Centro de recursos para el aprendizaje y la*

educacion - Universidad del Rosario. Obtenido de Principios de la contratación estatal

- aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la agencia nacional de hidrocarburos: <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12456>
- Peñaranda Ramos, J. L. (Febrero de 2014). *Universidad Carlos III de Madrid*. Obtenido de El régimen jurídico de los reglamentos: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion5.pdf>
- Perdomo, E. J. (2012). *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (Vol. Segunda Edición). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Pérez Ortiz, R. E. (2013). *Biblioteca Universidad Nacional*. Obtenido de Bdigital: <http://www.bdigital.unal.edu.co/9877/1/700600.2013.pdf>
- Quintero Poveda, M. A., & Aguilar Caicedo, D. A. (6 de Noviembre de 2014). *Repositorio Institucional UMNG*. Obtenido de El principio de transparencia en el régimen de contratación estatal en Colombia: <http://hdl.handle.net/10654/13180>
- Ramos Acevedo, A., & Ramos Acevedo, J. (2013). *Contratación estatal. Teoría general y especial*. Bogotá.: Editorial Ibáñez.
- Real Academia De la Lengua Española. (20 de 11 de 2016). *Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=0ip7oDJ>
- Riascos Gómez, L. O. (2008). *Universidad de Nariño*. Obtenido de Ensayo jurídico de derecho administrativo: http://coes.udenar.edu.co/pluginfile.php/29885/mod_resource/content/2/Elementos%20Actos%20Administrativos.pdf

- Rodríguez de Santiago, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2015). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis S.A.
- Rodríguez Tamayo, M. F. (2010). *La nulidad de los actos administrativos en el proceso ejecutivo contractual*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ruíz Ruíz, R. (2012). Distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y realidad No. 20. II Semestre 2012 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC*, 143-166.
- Sánchez Torres, C. A. (2004). *Acto administrativo – Teoría general. Tercera edición*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Santofimio Gamboa, J. O. (1996). *Acto administrativo- procedimiento, eficacia y validéz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2002). *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2007). *Tratado de derecho administrativo, Acto administrativo* (Vol. 4 ED.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia*. Bogotá D.C. , Cundinamarca, Colombia.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Fundamentos constitucionales, principios y reglas de interpretación de la contratación estatal en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

- Tamayo Lombana, A. (2004). *Manual de obligaciones*. Bogotá: TEMIS S.A.
- Toscano López, F. H. (2012). La pretensión de nulidad de contratos civiles y mercantiles en Colombia. *Revista de Derecho privado.*, 407-421.
- Vedel, G. (1980). *Derecho A+administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Yong Serrano, S. (2015). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.