



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Subsección C**

CONSEJERA PONENTE: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince 2015

Radicación: 05001-23-31-000-1996-01058-01 (31.821)
Demandante: Construimos y Asociados Ltda
Demandado: Municipio del Carmen de Viboral
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2005 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Risaralda, Caldas y Chocó -fls. 413 a 430, cdno. ppal.-, en la que resolvió:

“1 – Negar las pretensiones de la demanda.

“2- No condenar en costas”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La Sociedad Construimos y Asociados Ltda., en adelante el demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentaron demanda contra el Municipio del Carmen de Viboral –en adelante el demandado- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 91 y 92, cdno. 1-:

“Primero: Que es nulo por ilegal el ‘criterio de calificación’ de propuestas denominado ‘de equivalencia’, según la cual ‘se consideran equivalentes las propuestas que no difieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de (las propuestas)’, adoptado por la entidad demandada para la calificación de propuestas y adjudicación del contrato, hecha en el trámite licitatorio número 01-96 cumplido por el señor Alcalde de dicha entidad, ‘para la construcción de la primera etapa del Plan Maestro de Saneamiento del área urbana’ del mismo Distrito, criterio que quedó formalizado en los ‘pliegos de condiciones’, enunciado en la audiencia de adjudicación y concretado en la Resolución No. 648 de 12 de abril de 1996, por medio del cual se hace la adjudicación del contrato licitado.

“Segundo. Que en consecuencia, es nula por ilegalidad y desviación de poder la adjudicación del contrato hecha por medio del trámite formalmente concretada en el acto administrativo enunciado en la petición anterior, en cuanto omitió la adjudicación del contrato a la propuesta más favorable conforme a la evaluación hecha, esto es, a la presentada por la sociedad demandante.

“Tercero. Que por efecto de la nulidad declarada, el Municipio del Carmen de Viboral está obligado a restablecer el derecho que la sociedad demandante tuvo a la adjudicación del contrato referido en el numeral primero, restablecimiento que hará mediante la reparación de los perjuicios ocasionados a la demandante, mediante la compensación de la utilidad (lucro cesante) que el contrato habría generado a la demandante, de haber sido realizado.

“Cuarto. Que por consecuencia, el Municipio demandado pagará a la sociedad demandante por concepto de lucro cesante, la suma de cuarenta y nueve millones cuatrocientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y dos pesos (\$49.485.732.00), cantidad que corresponde al porcentaje de utilidad (6%) señalado en la propuesta, en relación con el valor total de ésta (\$824.762.204), frustrado a la proponente por la no adjudicación del contrato a la que tenía derecho, suma que será ajustada por los índices de precios al consumidor (IPC) expedidas por el DANE, desde la fecha de causación hasta la liquidación de la condena en sentencia”.

Afirmó que mediante la Resolución No. 529 del 28 de diciembre de 1995, el Municipio del Carmen de Viboral dispuso la apertura de la Licitación Pública No. 01-96, para la construcción de la primera etapa del Plan Maestro de Saneamiento del Área Urbana del

Municipio, que comprendía: interceptor, colectores y sistema de pretratamiento de aguas residuales; asimismo, se estableció que se regiría por la Ley 80 de 1993.

El pliego de condiciones dispuso que una vez recibidas las propuestas debían efectuarse los estudios técnicos, económicos y jurídicos, para luego evaluar cada una de estas. Para calificar las propuestas se determinaría un puntaje máximo para el precio de 500; de 150 para el análisis de precios unitarios, de 50 para la distribución equitativa de los anteriores, puntos que sumaban un total de 1000; y se expresó que "de acuerdo con el puntaje obtenido por cada uno de los proponentes, se establecería un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato".

No obstante lo anterior, desconociendo la Ley 80 de 1993, el pliego también estableció que se considerarían equivalentes las propuestas que no difirieran entre sí en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido.

El demandante señaló que obtuvo un puntaje de 941.0, la mayor puntuación de la licitación, y que en segundo lugar se ubicó la Sociedad Canalycon S.A., con un puntaje de 919.5; sin embargo, desconociendo las glosas presentadas a la entidad, en las que puso en conocimiento que la estipulación referente a la equivalencia de las propuestas desconocía el estatuto de contratación estatal, el contrato se adjudicó al proponente que ocupó el segundo lugar en el orden de elegibilidad, mediante la Resolución No. 648 de 1996, en la que además se corrigió la calificación de las propuestas, así: para la firma demandante se asignó puntaje 944.6 y para la empresa adjudicataria 917.3. No obstante, la corrección mantuvo una diferencia de 27.3 puntos a favor del demandante, pero se le adjudicó a la Sociedad Canalycon S.A., con sustento en la "equivalencia de las propuestas", por lo que la entidad acudió a los criterios de desempate previstos en el pliego, esto es: precio; y en segundo lugar el plazo.

Estimó violados el artículo 273 de la Constitución Política, el artículo 27 Código Civil, los artículos 1, 2, 24.5 literal b, 25.1 y 29 de la Ley 80 de 1993.

Como concepto de violación señaló que con la cláusula del numeral 1.10. del pliego de condiciones, que a su juicio no es un acto administrativo en tanto se trata de "medios preparatorios para el proceso de licitación y la Resolución de adjudicación", la

administración “adicionó” el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, que consistió en establecer una regla de equivalencia o de “empate técnico” que desconoce el principio de selección objetiva que orienta la licitación pública, lo que además constituyó una doble violación del régimen de contratación estatal en atención a que la entidad demandada carecía de competencia para establecer una estipulación de esta naturaleza.

Igualmente, señaló que la regla aludida desvió la selección objetiva, porque al establecer el criterio del *empate técnico* se prescindió de la oferta del demandante, que era la más favorable, para escoger la de menor precio. Asimismo, indicó que la oferta más favorable, según las normas que regulan la contratación estatal, es aquella que resulta de la conjugación de los factores de evaluación establecidos en el pliego de condiciones, que de haberse tenido en cuenta en la licitación pública de la referencia se habría adjudicado el contrato a la sociedad demandante.

2. Contestación de la demanda

2.1. Municipio del Carmen de Viboral.

La entidad demandada aceptó algunos hechos y negó otros, y se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó que la regla del empate técnico no desconoce el principio de selección objetiva establecido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, porque no señala criterios taxativos para la selección, y de hacerlo los pliegos de condiciones únicamente reproducirían los parámetros desarrollados en las disposiciones normativas. Adicionalmente, la regla estipulada en el pliego tuvo como finalidad obtener una fórmula intermedia entre el precio y los demás factores de escogencia, y de esta manera evitar un detrimento patrimonial de la entidad. En virtud de esto buscaban adjudicar al más bajo precio entre las mejores propuestas, esto es, la más favorable, sin que signifique que el precio se tomó como criterio aislado para la escogencia, al contrario, se conjugó con los demás establecidos en el pliego.

Añadió que los proponentes conocían las condiciones del pliego de condiciones, entre ellas el empate técnico, y que los participantes no formularon objeciones en la

oportunidad establecida por la ley; lo hicieron durante la audiencia pública, cuando había fenecido.

Consideró que la entidad respetó el principio de lealtad de los proponentes, pues no modificó el pliego por fuera de oportunidad establecida. Adicionalmente, precisó que a diferencia del Decreto 222 de 1983, la Ley 80 del 1993 estableció que el precio no constituye el criterio definitivo para adjudicar los contratos, de modo que abrió la posibilidad de hacer un análisis holístico de las propuestas para establecer la más favorable para la entidad.

Insistió en que no adjudicó al proponente más barato sino al más favorable, y descartó la desviación de poder con fundamento en que la adjudicación se hizo con base en los parámetros objetivos establecidos, y siguiendo las directrices trazadas en el pliego en cuanto al empate o equivalencia técnica.

Propuso las excepciones de: i) legalidad de los actos administrativos, con fundamento en que escogió la propuesta más favorable a los intereses del Municipio de Carmen de Viboral, y las reglas que rigieron la adjudicación fueron conocidas previamente por los proponentes, de modo que no se puede pretender la ilegalidad porque no se modificó extemporáneamente el pliego de condiciones; ii) estricta sujeción del acto de adjudicación a los pliegos de condiciones; iii) ejercicio del poder ajustado a la norma y a la finalidad de la contratación administrativa, porque se escogió la propuesta más favorable, teniendo en cuenta factores técnicos y económicos de cada una de las presentadas; y iv) pluspetición, porque no hay lugar al pago de suma de dinero por concepto de perjuicios al demandante, toda vez que si se declara la nulidad del pliego se vicia el proceso licitatorio y, en consecuencia, se afectan todos los proponentes por igual -fls. 106 a 116, cdno. 1-.

2.2. Canalycon S.A.

Canalycon S.A. se adhirió a la contestación de la entidad demandada. Aceptó algunos hechos, otros los negó y agregó que el pliego de condiciones se elaboró con sujeción a la ley y afirmó que al momento del cierre de la licitación los proponentes conocían la

estipulación del pliego sobre el *empate técnico*, sin embargo ningún participante presentó objeciones.

Formuló las excepciones de: i) legalidad de los actos administrativos ii) estricta sujeción del acto de adjudicación a los pliegos de condiciones y ejercicio del poder ajustado a la norma y a la finalidad de la contratación pública en los mismos términos de la contestación del municipio demandado –fls. 124 a 137, cdno. 1-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Parte demandante

Con idénticos cargos cuestionó la resolución demandada. Manifestó que no era necesario analizar la documentación allegada como prueba, porque la demanda controvierte la modificación e interpretación del Estatuto de la Contratación Estatal, realizada por el Alcalde en el pliego de condiciones. Expresó que no se controvierte la evaluación de las propuestas, pero luego señaló que el pliego de condiciones no estableció que se separaría el precio de los factores de evaluación y que se conjugaría el menor o más barato con los demás, de forma que finalmente aparecería ese menor precio como el factor determinante, lo que dio lugar a que la subjetividad del Alcalde definiera la adjudicación:

“En la contratación administrativa, especialmente cuando las propuestas llevadas a la licitación son serias, un cinco por ciento (5%) en relación con un total de mil, es decir, cincuenta (50) puntos, contiene un margen tan elevado que puede hacer, desaparecieran todos los factores que en la evaluación deben ser conjugados. Observen HH Magistrados, que la totalidad de las seis (6) firmas seleccionadas, aparecería colocada en la ficticia equivalencia, porque todas aparecían en el rango de 941- 5% (47). Es decir que las seis firmas seleccionadas en la evaluación, habrían quedado en igualdad o equivalencia.

“Y como el numeral de los pliegos en cuestión, en él puso su pie la administración para hacer la adjudicación como la hizo y finca todos sus argumentos el distinguido personero judicial del Municipio demandado para su defensa, no determinó las consecuencias o efectos de la ilegal y forzada `equivalencia`, al ocurrir el porcentaje de que se la hace depender desaparecieron las reglas legales de la contratación. Y quedó aquello a merced del criterio personal del señor Alcalde, que igual pudo

ser referido a diferencia de precio, como a cualquiera otro factor y aun a la particular empatía que pudiera tener con el proponente al que por esos desvíos estaba predeterminada la adjudicación.” (FI 405, cdno. 1)

En cuanto a la objeción del pliego de condiciones, adujo que fue objetado oportunamente, e insistió en que la cláusula del empate técnico viola flagrantemente el artículo 24, num 5, literal b), y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Insistió en la falta de competencia del Alcalde para incluir esa condición y señaló que el pliego no estableció la figura del empate técnico, pues la cláusula del numeral 1.10 abrió un portillo por el que la administración podía eludir, las disposiciones legales que rigen la evaluación y adjudicación del contrato, pues la estipulación carecía de sustento técnico para establecerla.

3.2. Municipio de Carmen de Viboral

El municipio reiteró los argumentos del escrito de contestación.

3.3. El *Ministerio Público* y la *Canalycon S.A.* no intervinieron.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

“Esta condición acerca de la equivalencia quedó establecida desde el pliego de condiciones, siendo un parámetro para la adjudicación del contrato, siendo un parámetro para la adjudicación del contrato, estaba claro para la entidad y para los proponentes que las propuestas que no difieren en más de un 5% del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas, se consideran equivalentes; y en segundo lugar que en caso de presentarse empate o equivalencia en los términos planteados la favorabilidad la constituirá el más bajo precio”.

“(…) Por lo tanto, existen eventos en los cuales el mismo pliego de condiciones, al establecer los parámetros de escogencia, permite que la entidad dada la equivalencia entre los proponentes, escoja la más favorable. Así las cosas, no debería el hoy demandante extrañarse de que el Municipio del Carmen de Viboral hubiera determinado factores de escogencia donde claramente se determine una equivalencia como la que se discute en el presente proceso.

“(...) teniendo en cuenta lo anterior, no considera la Sala que al establecer el Municipio del Carmen de Viboral que se consideren equivalentes las propuestas que no difieran en más de un 5% del puntaje máximo obtenido por alguna de las propuestas, atente contra la Constitución Política o la Ley.

“Como ya se dijo, en algunos casos excepcionales se adjudica a un proponente que no ocupa, el primer lugar, dados los parámetros del pliego de condiciones, tal como quedaron establecidos en el presente caso, además de que es dable que el pliego de condiciones permita esa doble escogencia, sin por ello vulnerar los derechos de los proponentes”.

6. Recurso de apelación

El demandante interpuso el recurso de apelación. Afirmó que el *a quo* no estudió la nulidad formulada contra el pliego de condiciones, respecto de la competencia del funcionario para modificar las normas de contratación administrativa, concretada la cláusula denominada como “empate técnico”, que permitió dejar al arbitrio de la entidad la selección subjetiva del contratista.

Adujo que además de cuestionar la adjudicación discrepa de la sustitución de las reglas objetivas establecidas en el estatuto procesal “por el arbitrio personal”, y que tampoco se estudió la condición de “favorabilidad” establecida en el pliego de condiciones.

7. Alegatos de conclusión

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que se confirmará la decisión apelada, que negó las pretensiones, para cuyo efecto se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: i) la competencia de la Corporación para conocer el presente asunto; ii) lo probado en el proceso; iii) la selección objetiva como principio rector de la contratación estatal; y iv) el caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

Adicionalmente, en el asunto que nos ocupa, el demandante presentó -en primera instancia- de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación que al momento de presentación de la demanda -25 de junio de 1996- para que un proceso fuera de doble instancia su cuantía debía exceder de \$13´460.000 y en el caso bajo estudio la pretensión mayor -perjuicios materiales- ascendió a mil doscientos millones de pesos -\$49´485.732-, así que era impugnabile.

2. Lo probado en el proceso

Para enfocar el alcance de la controversia la Sala hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, relevantes para decidir de fondo esta controversia.

a. Copia del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación Pública No. 01-96, cuyo objeto consistió en contratar la construcción de la Primera Etapa del Plan Maestro de Saneamiento: Interceptor Paralelo a la Quebrada Cimarronas; Colectores y del Sistema de Pretratamiento de Aguas Residuales. La Cláusula 1.10 dispuso la forma de evaluar las propuestas -fls. 18 y 19, cdno. 1-:

¹ "Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)."

² "Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

"Sección tercera (...)

"Las controversias de naturaleza contractual."

“El Municipio verificará que las ofertas no contengan errores aritméticos y, si es procedente, efectuará las correcciones sobre el precio total que resulte de multiplicar el precio unitario por las cantidades correspondientes en el Formulario de la propuesta y el resultado total correcto será el que se obtenga de sumar los valores corregidos.

“Si de las correcciones efectuadas se derivaran modificaciones en el valor de una o más de las ofertas. El Municipio comunicará a la totalidad de los proponentes las modificaciones realizadas. Si el oferente afectado no aceptare la corrección realizada, su propuesta será rechazada y el Municipio podrá hacer efectiva la garantía de seriedad de la misma.

“Verificada la exactitud de los cálculos numéricos requeridos para la obtención del precio total de la oferta, y confrontadas las demás exigencias contenidas en el pliego de condiciones, se procederá a calificarlas de acuerdo con los criterios establecidos a continuación:

“Criterio	Puntaje Máximo
Precio	500
Análisis de precios unitarios	150
Distribución equitativa de los trabajos	50
Experiencia en obras similares	250
Cumplimiento en contratos anteriores	50
Total	1000

“De acuerdo con el puntaje obtenido por cada uno de los proponentes, se establecerá un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato.

“En caso de presentarse un empate o una equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio y, en caso de persistir el empate por la igualdad en precios, será determinante el plazo. Se consideran equivalentes las propuestas que no difieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas (...)

b. Copia del concepto del 12 de marzo de 1995, emitido por una abogada contratada por el demandante, que advierte la ilegalidad de la condición estipulada en el numeral 1.10 del pliego de condiciones, que definió el concepto de “empate técnico” aplicable en el proceso de licitación de la referencia, que precisó:

“(…) En la adjudicación que se realice teniendo en cuenta la equivalencia preceptuada en el pliego de condiciones en el numeral 1.10 no podrá ser considerada como objetiva a la luz del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, a más de que, en el evento de presentarse dentro del rango de equivalencia dos o mas propuestas elegibles, ya los

factores de escogencia consignados en el pliego, no serían integralmente tenidos en cuenta para adjudicar, sino que se tendría en cuenta uno de ellos. Lo que sería adjudicar con base a una motivación subjetiva lo que se prohíbe expresamente en el artículo en estudio". - fls. 84 a 90, cdno. 1-

c. Copia de la Resolución No. 648, del 12 de abril de 1996, expedida por el Municipio de Carmen de Viboral, Antioquia, que adjudicó el contrato de construcción correspondiente a la Licitación Pública No. 01-96 a la firma Canalycon S.A., y corrigió la calificación de las propuestas – fls. 47 a 83, cdno. 1-:

"Proponente	Precio	Puntaje
"Canalycon S.A.	790.144.629	917.3
"Construimos y Asociados Ltda.	824.762.204	944.6
"Acual S.A.	837.097.624	899.7
"Concypa Ltda.	850.546.226	904.0
"Multiestudios Civiles y Cía.	872.950.683	898.0
"Ingeniería y Contratos Ltda.	879.442.835	902.5"

d. Copia del Acta de la Audiencia Pública celebrada el 12 de abril de 1996, donde quedó constando que la sociedad demandante ratificó el concepto jurídico sobre la ilegalidad de la cláusula del "empate técnico", y que en razón a esta estipulación la selección no fue objetiva –fls. 187 a 208, cdno. 1-.

e. Copia de la propuesta presentada por Construimos y Asociados Ltda. – fls. 207 a 309, cdno. 1-.

f. Copia de la evaluación jurídica y técnica realizada a las 24 propuestas presentadas, en la que se estableció el orden de elegibilidad –fl. 310, cdno. 1-:

"Orden de Elegibilidad

Proponente	Precio	Puntaje
Observaciones		

Las seis propuestas relacionadas son equivalentes, pues no difieren en más del 5% del puntaje máximo obtenido. Numeral
--

Canalycon S.A.	790.144.629	917.3	1.10 de los pliegos de condiciones.
Construimos y Asociados Ltda.	824.762.204	944.6	
Acual S.A.	837.097.624	899.7	
Concypa Ltda.	850.546.226	904.0	
Multiestudios Civiles y Cía.	872.950.683	898.0	
Ingeniería y Contratos Ltda.	879.442.835	902.5	

g. Copia del Oficio CRSFO- 000831, del 29 de octubre de 1996, expedido por la Contraloría General del Antioquia, que aprobó técnica y jurídicamente el contrato de obra pública No. 4 y sus anexos, celebrado entre el Municipio de Carmen de Viboral con Canalicon S.A. "para la construcción de la primera etapa del plan maestro de saneamiento..." – fl. 118, cdno. 1-.

3. La *selección objetiva* como principio rector de la contratación estatal

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 consagró el deber de selección objetiva como piedra angular de la contratación estatal, que no es más que el desarrollo de los principios que orientan la función administrativa. Así, la versión original de este artículo, modificado luego por la Ley 1150 de 2007, pero que debe aplicarse en su texto original al presente caso -porque los hechos de la demanda son anteriores a dicha modificación-, estableció:

"Art. 29. La selección de contratistas será objetiva.

"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

"Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

"El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o

condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Como se observa, la norma consagró el deber de selección objetiva como principio rector de la contratación estatal, incluso en eventos de contratación directa. Ahora, el inciso segundo de la disposición definió la selección objetiva a partir de la escogencia de la alternativa que resulte más favorable a la entidad y a sus fines, pero como lo establece la norma, el legislador fue categórico en exigir que la escogencia del contratista sea ajena a la subjetividad. El inciso tercero definió el concepto de favorabilidad, a partir de factores de escogencia preestablecidos en el pliego de condiciones o en el análisis previo, y su ponderación concreta. El inciso siguiente estableció que la entidad debe comparar las propuestas haciendo un análisis y cotejo entre ellas. En este orden, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado³:

“El **deber de selección objetiva**, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁴, norma que estableció varios conceptos a saber:

“a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

“b) Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no podrá ser objeto de evaluación; y

“c) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o

³ Sentencia del 28 de mayo de 2012. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 21.489

⁴ Este artículo aplicable para la época de los hechos del *sub examine* fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición a su vez modificada por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

“Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.

“Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad”.

Como puede observarse, la selección de contratistas debe caracterizarse por⁵: “1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponda a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las ofertas presentadas”.

⁵ Sección Tercera, sentencia de abril 14 de 2010, exp. 36.054, CP. Enrique Gil Botero; y sentencia de noviembre 11 de 2009, CP. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17.366.

Este principio rige la actividad contractual del Estado desde que se configura el pliego de condiciones, porque a partir de ese instante nace el derecho del proponente a conocer las reglas bajo las cuales debe presentarse la propuesta, así como los factores que la autoridad administrativa tendrá en cuenta para valorar los ofrecimientos hechos y los puntajes que asigna a cada factor de selección.

Adicionalmente, de nada serviría la información suministrada si no señala con antelación, la metodología que se usará para comparar las propuestas. Por otro lado, para la administración nace un deber ineludible: *su actuación se encuentra supeditada a las reglas creadas y no puede apartarse de lo previsto en la norma que rige el procedimiento de selección*. Esta salvedad exige que la administración sea imparcial, transparente y respete el derecho a la igualdad⁶.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, en reiteradas oportunidades, que el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general de suma importancia, porque contiene reglas vinculantes tanto para la Administración como para los oferentes en el procedimiento de selección. De igual modo, la obligatoriedad se extiende al adjudicatario. En otras palabras, el carácter vinculante es una de sus características principales, tanto que se ha denominado "ley de la licitación" y "ley del contrato", porque no sólo la etapa de formación del acuerdo de voluntades a través de la materialización del principio de selección objetiva, sino también las relaciones entre las partes cuando el contrato se celebra, de ahí que se diga que es una verdadera fuente de derechos y obligaciones hasta el momento de la liquidación⁷.

"... El pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general que no como un reglamento, habida consideración de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación y/o hasta finiquitarse todo lo atinente a la ejecución y liquidación del contrato, igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría cierta suerte de "mutación" en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en

⁶ Sección Tercera, sentencia de noviembre 11 de 2009, exp. 17.366, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 4 de junio de 2008. CP. Miriam Guerrero Escobar. Exp. 17.783.

determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado del mismo⁸”.

A partir de lo anterior, la Sala concluye y reitera que el pliego de condiciones se debe aplicar de manera estricta en la fase de selección del contratista, por tanto, en el momento en que se cierra el procedimiento “... se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas... (...) El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad⁹.”

Claro está que si bien es cierto el ordenamiento reconoce la libertad a las entidades estatales para redactar los pliegos de condiciones¹⁰; no autoriza incluir cláusulas que faculten a la administración a sustraerse de los parámetros objetivos que ella misma redacta de manera general e impersonal, acudiendo a fórmulas abiertas que admitan la aplicación de criterios subjetivos, desconociendo la regla según la cual la oferta seleccionada sólo debe ser aquella que obtenga el mayor puntaje, luego de valorarse los factores de ponderación con otras propuestas. Por este motivo, la doctrina es enfática en señalar que “la selección objetiva de los contratistas no es otra cosa que la obligación que se impone a los servidores del Estado, para que la escogencia del futuro colaborador de la administración esté despojada de cualquier interés distinto del de vincular al más idóneo de los proponentes, de conformidad con las reglas definidas previamente (...) como consecuencia de los estudios previos, sin que medie, como lo ha reiterado el Consejo de Estado, cualquier tipo de consideración subjetiva, de afecto o de interés, circunscribiéndose la evaluación de las ofertas a la verificación de las exigencias habilitantes del pliego y a la ponderación mediante fórmulas matemáticas de los factores de evaluación establecidos de forma precisa en el pliego de condiciones¹¹.”

⁸ Sección Tercera, sentencia de junio 5 de 2008. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 1988-08431.

⁹ Sentencia de 4 de junio de 2008... *Ob. Cit.*

¹⁰ Benavides, José Luis. *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2008.

4. La *discrecionalidad administrativa* en la configuración del pliego de condiciones, y su estricta aplicación y observancia por parte de la Administración, de los participantes y del Juez Administrativo. Especial referencia al principio de *autonomía de la voluntad*.

El Estado, como sucede con los particulares, es un comprador de bienes y servicios, pero por la magnitud de su demanda es uno de los más importantes, de ahí que a él acuden asiduamente, en calidad de oferentes de bienes y servicios, sujetos de derecho privado -y en ocasiones hasta del derecho público-.

Por la necesidad constante de intervenir en el tráfico jurídico, mediante el contrato la Ley 80 de 1993 le asignó al Estado muchas competencias y posibilidades similares a las que ejercen los sujetos de derecho privado. De esta manera, el principio que se desprende de la legislación actual, que presenta diferencias sustanciales con los anteriores estatutos contractuales, es la exaltación que hizo de los principios de libertad y de autonomía de la voluntad, ofreciendo un derecho administrativo más moderno y eficiente para celebrar los negocios del Estado.

De varias normas del estatuto contractual se desprende esta filosofía, en especial se destacan los artículos 13¹², 32¹³ y 40¹⁴, que remiten al derecho privado los aspectos no

¹¹ ESTRADA SÁNCHEZ, Juan Pablo. *Los Nuevos Criterios de Selección Objetiva de los Contratistas del Estado.* En: X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la Contratación Estatal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2010.

¹² "Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".

¹³ "Art. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

¹⁴ "Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no

regulados en dicha ley; pero esta complementación no se restringe a reglas concretas y precisas, sino que implica una remisión a ciertos principios, como sucede con la *autonomía de la voluntad*, que hace que se invierta en cierto sentido la forma en que se armoniza dicho principio con los propios y restantes reglas del derecho público.

Esta armonización parte de la idea de que el principio que ejerce la fuerza centrífuga es la libertad, es decir, que en buena medida la administración se comporta en los negocios jurídicos con la actitud de un sujeto privado, esto es, con sus posibilidades, solo que dicha autonomía de la voluntad se restringe con otras las reglas y también principios del derecho público.

Es decir, conforme a los tres artículos citados, para analizar si el Estado puede comportarse en sus negocios de cierta manera, o exigir cierta prestación o calidades, primero se acude al derecho privado y a la autonomía de la voluntad, y luego de comprobar que en ese lugar es posible realizar cierta actuación o tomar determinada decisión, se concluirá que el Estado también puede hacerlo en sus negocios; pero allí surge el segundo examen: considerar si hay una norma de derecho público, básicamente del régimen general de contratación de la administración pública, que lo restrinja, lo limite o prohíba, lo que puede desprenderse de una regla o de un principio.

La vigencia y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se materializa, lógicamente, al configurar el pliego de condiciones, de manera que las entidades públicas tienen la posibilidad de establecer qué bien o servicio quieren contratar, y aunque no pueden escoger libremente al contratista pueden establecer las calidades que ese sujeto tendrá, cuyo nombre se desconoce; esto al menos en los contratos que requieren un procedimiento previo y objetivo de selección previo.

sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

“En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.”

En este horizonte, las entidades –apoyadas en el principio de razonabilidad¹⁵–, tienen amplia libertad para configurar el negocio, lo que se plasma en el pliego de condiciones. Es así como las entidades, dentro de su amplia discrecionalidad, definen aspectos múltiples del futuro negocio, como el bien o servicio a contratar y el perfil de los sujetos que ofertarán, de acuerdo a razones de estricta conveniencia –pero no el capricho ni la arbitrariedad–; así que, por ejemplo, con base en dicha libertad deciden si un puente será de madera o de cemento, dependiendo de la necesidad.

Lo anterior no significa que los procedimientos de selección de contratistas sean totalmente discrecionales, sino que al fijar las condiciones del negocio ejercen tales facultades¹⁶. Por esta razón, como dicha actividad se concreta en los pliegos de condiciones, su configuración se armoniza con el principio de la autonomía de la voluntad, y de acuerdo a consideraciones de conveniencia, y también de legalidad, se materializa la libre configuración del negocio.

En los procedimientos contractuales esa gran libertad y discrecionalidad va hasta la configuración del negocio –que principalmente se concreta en los pliegos de condiciones–, pero una vez establecidas las reglas del negocio y su procesos de selección, el procedimiento que falta se vuelve reglado, y la entidad tiene la obligación de aplicar y respetar las condiciones que estableció, y que incluso se integran al futuro contrato. Es decir, para seleccionar al oferente y fijar las condiciones exigibles hay que sujetarse plenamente al pliego, porque para este momento la conveniencia del negocio y demás elementos que lo configuran, quedaron definidos, y ahora hay que aplicarlos.

¹⁵ “Art. 44. 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”.

¹⁶ “Las potestades discrecionales, en cambio, conceden a las autoridades un margen de apreciación que les permite elegir la oportunidad de la decisión y/o escoger entre varias opciones posibles, constituyendo una libertad que no escapa al ordenamiento, sino que debe ejercerse dentro de este. Así pues, el elemento que diferencia las potestades regladas, de las discrecionales, en la conducta de la administración pública, radica en el espectro de libertad que las normas conceden a las autoridades para la toma de ciertas decisiones entre alternativas, igualmente conducentes”. (DÍAZ DÍEZ, Cristián Andrés. *La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El control jurisdiccional especializado de la administración pública, dentro del Estado de derecho y la democracia*. Colección: Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, ed. Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Medellín, 2013, p. 331.

4.1. Discrecionalidad administrativa y principio de autonomía de la voluntad en los contratos estatales.

Antes de profundizar en la rigurosa aplicación que hay que hacer del contenido pliego, es necesario realizar algunas consideraciones en torno a la relación que existe entre la *autonomía de la voluntad y la discrecionalidad administrativa*, al interior de la materia de contratación estatal, porque ambas instituciones tienen profundas similitudes, por lo menos en cuanto implican, autorizan o facultan, en mayor o menor medida, para escoger, optar o elegir entre posibilidades de actuación.

La anterior relación también se presenta con otros sectores del derecho público, como sucede con la discrecionalidad en el campo legislativo –entendida en términos generales-, que se rotula para el derecho con el nombre de *libertad de configuración del ordenamiento jurídico*¹⁷, cuya libertad de elección es más extensa que la

¹⁷ Sobre la libre configuración del ordenamiento jurídico otorgada por la Constitución Política al legislador, la Corte Constitucional, en sentencia C-404 de 2001, señaló: “En oportunidades anteriores la Corte ha examinado la razón de ser de la libertad de configuración política del Congreso y de los límites de la misma. Al respecto, ha indicado que en principio la sujeción y subordinación de la ley a la Constitución debe permitir cierto margen de acción en la labor de desarrollo de las normas superiores, de manera tal que las diversas alternativas se adopten dentro del marco del principio democrático y pluralista que orienta nuestro sistema constitucional. Las distintas corrientes de pensamiento y opinión representadas en el órgano legislativo, deben participar en el desarrollo e implementación de la Constitución, optando por las diferentes posibilidades dentro del principio de las mayorías. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Corporación ha vertido los siguientes conceptos:

“ ‘El legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (art. 4º C.P.). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador, según la cual corresponde al Congreso adoptar libremente, dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia. Por ello esa Corporación ha señalado que “es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación’.

“Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional:

“... Esta libertad de configuración del Legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la Corte de estas definiciones

discrecionalidad de la administración, pues el legislador solo se somete a la constitución, mientras que la administración tanto a ella como a la ley, a los reglamentos y a otras fuentes del derecho.

Esta vinculación también se presenta en el ámbito judicial bajo la figura del *arbitrio juris* o arbitrio judicial, que si bien es menos amplia que la legislativa y aún que la administrativa -en términos del margen de elección-, y en comparación con la libertad de configuración del ordenamiento de que goza el legislador, lo cierto es que también contiene un importante espacio de elección. En los términos indicados, la institución de cada rama o función pública se forma de acuerdo a los sectores autónomos y a la libertad o posibilidad de elección que tienen -bajo alguna de tales instituciones-, pero también presenta diferencias en cada uno de ellos¹⁸.

legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del Legislador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas’.

“ ‘Ese control de límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solamente se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador’.”

¹⁸ Sobre la discrecionalidad, entendida en forma general como libertad de elección, que MERKL denomina arbitrio, y que aplica tanto a la administración, como al juez y al legislador, el autor señala: “Siendo la justicia lo mismo que la administración, concretización de una norma legal abstracta, presupone el arbitrio, lo mismo que ésta. Pero lo mismo se puede decir de la legislación en la medida en que es ejecución de la Constitución; esto se ve todavía más claramente en las leyes ejecutiva, para las que la ley fundamental o la complementaria, prefiguran las líneas directrices, que representan en ese caso la condicionalidad jurídica, pero que, por limitarse a esta forma de regulación enmarcadora, conceden tácitamente libertad discrecional. Así como el arbitrio judicial ha sido descuidado y descubierto relativamente tarde, a consecuencia de que el condicionamiento jurídico de la justicia es enormemente mayor que el de la administración, el arbitrio legal a penas si ha sido todavía descubierto, debido, sin duda, al exceso del mismo y al *minimum* extraordinario de condicionamiento jurídico. La conciencia de la libertad arbitral despierta precisamente el justo medio entre sometimiento jurídico y libertad de acción representado, de una manera típica, por la administración, alejada igualmente de los dos extremos”. (MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1935, p. 190 y 191).

En vista de que en materia contractual, en lo relativo a la configuración del negocio que se plasma, entre otros documentos, en los pliegos de condiciones, la relación entre *autonomía de la voluntad* y *discrecionalidad administrativa* es tan estrecha -lo que obedece a que la Ley 80 de 1993 remite a la autonomía de la voluntad (el artículo 32 lo hace expresamente)- resulta relevante considerar sus similitudes -que son muchas- y sus posibles diferencias¹⁹.

Como se señaló, ambas instituciones implican, básicamente, cierto arbitrio o libertad de elección, siguiendo la terminología de MERKL²⁰ -aunque no la refiere a los sujetos privados-. Esta es la principal similitud y es sustancialmente la más relevante, pues permiten expresar la voluntad dentro de un marco amplio que brinda el ordenamiento.

Ahora, la *autonomía de la voluntad* es un concepto con origen en el derecho privado, especialmente referido a los negocios jurídicos, cuya principal concreción se presenta en el contrato, de manera que es el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, materializándose en tales actos. Pero no se limita a ello, porque esencialmente admite determinar el alcance o contenido de tales negocios jurídicos, es decir, establecer los derechos y las obligaciones, incluidas las modalidades y condiciones, que se enmarcarán en cada uno de ellos.

Pese a la amplia libertad de elección o de árbitro que brinda la autonomía de la voluntad en los contratos, que es donde mejor se manifiesta tal principio -pero no el único-, no se puede llegar al punto de considerar que el contrato es pura voluntad de

¹⁹ Sobre la discrecionalidad entendida como arbitrio o libertad de elección, RAMÍREZ GRISLAES plantea: "Esta afirmación no desconoce que en el derecho privado se ejerzan poderes reglados y discrecionales; más aun, creemos que en este campo del derecho es en el que con mayor fuerza se autoriza la toma de decisiones discrecionales; piénsese por ejemplo en la 'discrecionalidad' con que cuenta un particular para contratar a un trabajador, o para escoger a sus contratistas. En ambos ejemplos, a lo sumo, la doctrina privatista se interesa por delimitar los elementos de existencia y validez de tales actos, sin que tenga relevancia el ejercicio o no de una potestad 'discrecional', pues su fundamento de validez se circunscribe al ejercicio del principio de 'autonomía de la voluntad'". (RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *Las potestades administrativas regladas y discrecionales en el derecho administrativo*. Revista Letras Jurídicas, Vol. 17 - No. 1, enero-junio de 2012, Empresas Públicas de Medellín -EPM-, 2012, p. 51).

²⁰ "La ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad del órgano que no está condicionada, o, por lo menos, no está de modo distinto que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que depende, por lo tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión". (MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1935, p. 185).

las partes, por tanto marginal al ordenamiento jurídico –es decir, ni siquiera tratándose de derecho privado puro, entre particulares-. Esto se debe a que la legislación establece ciertos requisitos para la existencia de los contratos –requisitos de la esencia-, al igual que dependiendo de la naturaleza o contenido del contrato fija reglas que se entienden implícitamente contenidas en ellos, no obstante el silencio de las partes –elementos de la naturaleza-; además prescribe que los contratos tendrán ciertos elementos cuya ausencia puede afectar la validez de los acuerdos. No obstante lo anterior, subsiste para los contratantes un amplio espacio disponible para la configuración de los negocios, y que pese a las circunstancias anteriores -que constituyen límites a la autonomía de la voluntad (como las normas de orden público)- es bastante amplio para la acción, libertad o decisión.

Esta libertad les permite establecer si contratan o no; el tipo de negocio que desean celebrar, si acaso es reconducible a una de las tipologías legales de contrato; y pactar las obligaciones que gusten, observando las limitaciones anteriores, que en realidad no son demasiadas, en armonía con lo prescrito en el artículo 1501 del Código Civil²¹.

A su vez, la *discrecionalidad administrativa* se ha entendido como el arbitrio o, en general, la posibilidad de elección en manos de la administración, por tanto, una institución muy propia del seno del derecho administrativo, originada en él, y es, al igual que sucede con la autonomía de la voluntad, una facultad que ejerce determinado sujeto u órgano, en este caso la administración. Esta figura, además de ser propia del derecho administrativo, se ha construido y explicado en una categoría esencial de este derecho, esto es, el *acto administrativo*, al punto que se habla de actos administrativos reglados o discrecionales, pese a que se debe entender como el ejercicio de una facultad que se puede manifestar en un acto administrativo, en una simple actuación de la entidad o en un contrato, pues en ellos también se presenta esa necesidad de elección entre posibilidades igualmente válidas y razonables²². Se puede decir que la

²¹ “Art. 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. 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”.

²² “Así pues, cuando se alude al control de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, se hace referencia a la fiscalización de las decisiones tomadas por el órgano,

autonomía de la voluntad es a los contratos privados y a los negocios jurídicos, lo que la discrecionalidad es a los actos administrativos.

Lo anterior pone de manifiesto una diferencia importante aunque no sustancial entre la *autonomía de la voluntad* y la *discrecionalidad administrativa* –no es sustancial en tanto no diferencia entre el alcance, la naturaleza o extensión de los arbitrios-, esto es, el sujeto del cual se supone que es propia cada una de estas instituciones, así, la primera se entiende perteneciente a los particulares, mientras la segunda es propia de los entes públicos, lo que es lógico del adjetivo añadido a la discrecionalidad como *administrativa*.

La discrecionalidad se entiende, en principio, como una facultad más limitada que la autonomía de la voluntad, en el sentido de que la libertad de elección es menor, lo que se debe a que al derecho público le son connaturales exigencias adicionales a las que tienen los particulares, basta con tener presente lo señalado en los artículos 121 y 6 de la Constitución: el primero señala “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”; a su vez, el segundo: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Así, mientras el derecho privado -consustancial de los particulares- se entiende como el espacio de la libertad, a los sujetos de derecho público se les exige una racionalidad estricta de sus decisiones, al igual que tienen grandes restricciones en su forma de actuar, y deben respetar principios y garantías adicionales ajenas a los particulares, para lo que basta con mencionar la sujeción a los derechos fundamentales –sin desconocer que en algunos casos, pero con menor intensidad, también se exigen entre particulares-²³.

como una alternativa entre varias opciones. Lo discrecional, por consiguiente, es la potestad y no el acto administrativo que es producto de ella. Sin embargo, doctrinariamente los actos, en lugar de las potestades, suelen clasificarse como reglados o discrecionales, incurriendo en una imprecisión” (DÍAZ DÍEZ, Cristián Andrés. *La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El control jurisdiccional especializado de la administración pública, dentro del Estado de derecho y la democracia*. Colección: Derecho Administrativo. Ed. Librería Jurídica Sánchez, Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-, Medellín, 2013, p. 331).

²³ Sobre esta vinculación de la Administración al ordenamiento, que RAMÍREZ GRISALES denomina *vinculación positiva*, la cual diferencia del principio de libertad de que gozan los particulares, quienes se vinculan *negativamente* al ordenamiento, en tanto debe entenderse que les está permitido todo lo que no está prohibido; el autor citado matiza un poco la *vinculación positiva* de la administración, según la cual, lo que no esté permitido para la Administración debe entenderse prohibido; así, afirma: “En otras palabras, no es correcto admitir que todo lo que ejecuta la administración requiere de una autorización

Ahora, cuando el Estado contrata, en vista de la remisión tan amplia que hace el Estatuto General de Contratación al derecho privado, y concretamente a la autonomía de la voluntad²⁴, se presenta una mixtura entre ésta y la discrecionalidad administrativa, que -como se señaló- consiste en el arbitrio o libertad que el ordenamiento concede a la administración para que elija entre alternativas igualmente válidas la que considere más conveniente o razonable²⁵.

Esa mezcla conduce a la cuestión de cuál es la institución aplicable a la administración cuando configura el negocio en los contratos estatales, esto es, cuando ejerce la libertad de elección en la configuración de los pliegos de condiciones, que es uno de los principales documentos donde se concretan las reglas del negocio a celebrar, al igual que las condiciones para la selección del contratista²⁶. Esto por cuanto las figuras

legal, por cuanto no todos los actos y hechos de la administración tienen ese nivel de vinculación necesario e imprescindible con la norma jurídica. Es por ello que muchas actuaciones de la Administración más que desarrollar en forma directa la ley, ejecutan tareas que por su naturaleza integran la potestad general asignada al órgano. (RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *Las potestades administrativas regladas y discrecionales en el derecho administrativo*. Revista Letras Jurídicas, Vol. 17 - No. 1, enero-junio de 2012, Empresas Públicas de Medellín -EPM-, 2012, p. 58).

²⁴ Sobre el particular, SANTOFIMIO GAMBOA señala: "Una aproximación a un concepto vital de contrato estatal nos llama a abreviar en fuentes normativas y de principios mucho más profundas; en esta dirección, los anteriores criterios deben conjugarse con lo dispuesto en los artículos 13, 28, 32 y 40 de nuestra ley de contratación pública, Ley 80 de 1993, que incorporan un carácter mixto al contrato del Estado y establecen de manera perentoria la necesidad de que cualquier análisis y aproximación al fenómeno contractual del Estado se penetre irremediamente de la normatividad, la tipología, el contenido y demás disposiciones establecidas en los códigos de comercio y civil, al igual que de los mandatos derivados de los principios de la autonomía de la voluntad, buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*, texto consultado en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf>).

²⁵ "La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, séptima edición, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 446.

²⁶ En este sentido, RAMÍREZ GRISALES ejemplifica la forma en que se manifiesta la discrecionalidad en materia de contratación estatal, señalando: "Así pues, la regla, vinculación o condicionamiento, delimita el ejercicio de la función administrativa, lo discrecional, por el contrario, otorga a la Administración una amplia gama de opciones para escoger en un caso concreto. Por ejemplo, existe discrecionalidad en la elección que realiza un alcalde de construir una carretera o escuela; más aun, luego de tal escogencia, el administrador puede optar por la forma más conveniente de ejecutar la construcción y la forma más conveniente de contratación: suma alzada, precios unitarios, llave en mano. Como lo evidencia este ejemplo, la posibilidad de optar entre varias alternativas no solo permite la

aludidas conviven, cuyos contenidos y posibilidades de actuación son susceptibles de tocarse o traslaparse. Así, tanto en virtud de la autonomía de la voluntad como de la discrecionalidad administrativa es posible apoyar la elección de los tres principales aspectos que implican elección en la celebración de los negocios de la administración, esto es: i) decidir si contrata o no; ii) el tipo de negocio que desea celebrar, atendiendo a las necesidades de la entidad; y iii) pactar los acuerdos que requieran, pues permanecen muchos espacios no desarrollados en detalle por la ley, que remite al juicio de la administración.

Lo anterior, y dada la naturaleza de las instituciones –esto es, su amplísimo desarrollo en la rama del derecho que le es propia- se considera que en la contratación estatal ambas conviven y *no es posible subsumir una en otra* debido al contenido y desarrollo histórico que es propio de cada una, así, en las posibilidades de actuación de la administración hay que acudir tanto al desarrollo que tiene la autonomía de la voluntad por parte de los privatistas como la doctrina y filosofía propia del derecho administrativo, que nutre la figura de la discrecionalidad administrativa.

No obstante lo anterior, siendo la discrecionalidad administrativa una potestad en virtud de la cual la administración puede elegir entre varias opciones igualmente jurídicas, válidas o justas, es necesario reconducir la autonomía de la voluntad –que brinda una amplia libertad de elección- a la anterior figura, como garantía de razonabilidad y de control de la actuación estatal²⁷. Esto se debe, principalmente, a la necesidad de

entrada al campo jurídico de consideraciones políticas (construcción de una escuela o un hospital), sino igualmente de consideraciones técnicas, financieras (selección de la forma de ejecución y contratación de la obra) y de otra índole para el logro de los cometidos estatales”. (RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *Las potestades administrativas regladas y discrecionales en el derecho administrativo*. Revista Letras Jurídicas, Vol. 17 - No. 1, enero-junio de 2012, Empresas Públicas de Medellín –EPM-, 2012, p. 52).

²⁷ Así, SANTOFIMIO GAMBOA, citando el texto de Manuel ATIENZA “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Reda*, n.º 85, marzo de 1995, en relación con algunas exigencias del ejercicio de facultades discrecionales, señala: “[...] La consecuencia de la idea regulativa del Estado democrático de derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica. El que esto sea así, se encuentra estrechamente conectado con un extremo que aparece justamente remarcado en la obra de Tomás R. Fernández: el poder público es un poder funcional, otorgado en consideración a fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio (pág. 163). **No cabe por eso establecer ningún paralelismo con lo que ocurre con los contratos entre particulares, es decir, a propósito de los poderes privados** (cfr. Parejo, págs. 38 y sigs.). Lo que hace que la posición del juez, en uno y otro caso, sea distinta es precisamente que los particulares, salvo casos excepcionales, no tienen por qué justificar (en términos jurídicos) su comportamiento. Dicho de otra forma, la autonomía –en cuanto valor moral– sólo puede predicarse de

motivar los actos –con “actos” se hace referencia a actos administrativos, contratos y, en general, la actuación de la administración- dictados en ejercicio de potestades discrecionales, como garantía o exigencia de razonabilidad de las actuaciones del Estado. Estas motivaciones pueden contenerse en diferentes documentos del proceso contractual, así, el pliego de condiciones debe interpretarse en armonía con otros instrumentos, como los estudios previos.

Reconducir la autonomía de la voluntad a la discrecionalidad administrativa –en el sentido aludido- no implica que ésta subsuma a aquélla y le haga perder su autonomía e independencia, pues, como se señaló, el principio de la autonomía de la voluntad tiene un desarrollo extenso en el derecho privado que no puede encasillarse en la doctrina administrativista a través de la figura de la discrecionalidad administrativa, es por esto que en materia de contratación estatal, para examinar las posibilidades de actuación de la administración –incluyendo el control judicial-, es necesario acudir a lo que expresa el derecho privado que los particulares pueden hacer –esto es, en virtud de la autonomía de la voluntad- y si tal actuación es posible necesariamente se concluye que, al menos *ab initio*, las entidades públicas también pueden hacerlo; pero

los individuos [...]”. “[...] Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que *justifica* la actuación *discrecional* de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma; por ejemplo, en el caso del planeamiento urbanístico, el haber confeccionado una Memoria que contenga referencias a una serie de aspectos, de manera semejante a como, en una sentencia judicial, el aspecto formal viene dado por la existencia de antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y parte dispositiva. Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción; por ejemplo, las razones para otorgar a un terreno una determinada calificación urbanística, que vendrían a ser el equivalente de las razones, los argumentos, esgrimidos en una sentencia para considerar como probado un hecho o para interpretar una norma en un determinado sentido. Esas razones (insisto: razones *justificativas*) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) en favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de porqué se considera como probado un determinado hecho. Como es bien sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía; es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que «lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario» (Tomás R. Fernández, pág. 82), si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud [...]”. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*, texto consultado en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf>).

luego aparece la segunda etapa, y es considerar si hay una norma de derecho público, básicamente del estatuto general de contratación de la administración pública, que lo restrinja o prohíba, lo que puede desprenderse de una regla o de un principio; esto incluye que el control tendrá las mismas técnicas de fiscalización que la jurisprudencia y la doctrina han propuesto para garantizar la racionalidad de la acción administrativa, cuando ejerce facultades discrecionales²⁸.

Estudiadas las posibilidades de actuación que tiene la administración en la configuración del negocio, que se concreta principalmente en los pliegos de condiciones, y señalada la importancia de la autonomía de la voluntad en la configuración anterior, y sus relaciones con la discrecionalidad administrativa, sigue otro momento dentro del proceso contractual, esto es, luego de que el negocio queda configurado en los pliegos de condiciones, pues a partir de ese instante estos adquieren obligatoriedad, y son de estricta aplicación por parte de la administración y del juez.

4.2. Estricta aplicación de los pliegos de condiciones por parte de la administración y el juez. Hermenéutica de los documentos contractuales.

El momento –no único- en que se concreta la rigurosa aplicación de lo exigido en el pliego es en la evaluación de las ofertas. En tal instante la administración no puede elegir si aplica o no a los oferentes cierto requisito, y el puntaje que asignará de acuerdo al cumplimiento, pues esa parte del negocio quedó configurada en el pliego, que ya no puede alterarse con fundamento en que la entidad cambió el criterio de conveniencia o advirtió que incurrió en cierta equivocación, o porque las calidades que quería exigir eran otras. Lo anterior es algo que, dentro del principio de responsabilidad, la entidad debe soportar.

²⁸ Un estudio importante sobre las técnicas de control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa se encuentra en: DÍAZ DÍEZ, Cristián Andrés. *La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El control jurisdiccional especializado de la administración pública, dentro del Estado de derecho y la democracia*. Colección: Derecho Administrativo. Ed. Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA-, Medellín, 2013. El autor propone las siguientes técnicas de control: i) a partir de los elementos reglados del acto; ii) a partir de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados; iii) a partir de la comprobación de los hechos determinantes de la decisión; iv) a través del test de proporcionalidad o de razonabilidad; v) a partir de los principios generales del derecho, en especial la interdicción de la arbitrariedad; vi) a partir de la exigencia de motivación; y vii) a partir de la verificación del respeto a los derechos e intereses de los administrados.

La vinculación de la administración al pliego de condiciones también se extiende al juez –salvo ilegalidades de contenido–, especialmente para casos como el presente, donde se examina si la adjudicación se realizó en debida forma, esto es, si la entidad escogió el ofrecimiento más favorable, de acuerdo al principio de selección objetiva²⁹. La conveniencia del ofrecimiento no queda librada a la discrecionalidad de la administración ni del juez, pues la ley señaló cuál es la oferta que debe escoger, de ahí que deben atenerse uno, y otro, a lo señalado en los pliegos de condiciones, que configuraron el negocio y la selección del contratista.

En este horizonte, ni la administración, luego de configurado el pliego, ni el juez, en el futuro control de la selección del contratista, pueden imponer su criterio de conveniencia para evaluar las propuestas, por tanto respetuosa y abnegadamente deben sujetarse a lo previsto en el pliego, al menos en principio, aunque dicha sujeción es fuerte.

²⁹ La Ley 80 de 1993 concretó dicho principio, al señalar: “Art. 29. Del Deber de Selección Objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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”.

“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.

“El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.

En la actualidad el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 reitera, esencialmente, el contenido del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, al señalar: “Art. 5. De la selección objetiva. 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:”.

Lo anterior no desdice de la facultad que tienen las autoridades administrativas de interpretar los textos jurídicos, lo que incluye sus propios actos, pues el pliego de condiciones, como sucede con la Constitución, la ley, el reglamento, los contratos, etc., son documentos que tiene la forma de texto, que deben interpretarse, ya que el lenguaje, *per se*, no es siempre preciso, de hecho es usual que surjan divergencias interpretativas. Así, la Corte Constitucional consideró, en la sentencia T-397 de 2008, en relación con el margen de apreciación que tienen las autoridades administrativas, en un fallo de tutela donde la demandante consideró que se vulneraron varios de sus derechos fundamentales, porque la administración amplió el término para la presentación de ofertas, que:

"Esta Corporación ha sostenido que el hecho de que la autoridad administrativa se encuentre obligada a considerar la Constitución como criterio último y definitivo para seleccionar la opción hermenéutica correcta, no implica que no goce de un relativo margen de apreciación.

(...)

"Por lo anterior, los funcionarios públicos se enfrentan a un marco interpretativo dentro del cual están, prima facie, en libertad de seleccionar la opción hermenéutica (sentido normativo) que consideren ajustada al texto positivo, tanto Constitucional como legal.

(...)

"Así las cosas, ante la existencia de varias interpretaciones de un texto normativo, de las cuales ninguna desconoce la Constitución y en ausencia de una interpretación institucionalizada, la autoridad administrativa goza de mayor amplitud en la valoración del sentido y alcance del texto. De allí que la solución de controversias interpretativas en el orden legal sea tarea de los jueces ordinarios o la jurisdicción contenciosa administrativa y que la Corte únicamente intervendrá en dicho conflicto cuando éste adquiera connotación constitucional..."

[En el caso concreto consideró que] *"La Dirección Nacional de Estupefacientes sostiene, que el término de los 10 días calendario para el recibo de las ofertas se cuentan `de la siguiente manera: 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31, pero por tratarse este último de un día domingo vacante, se procedió a extender el plazo hasta el primer día hábil siguiente es decir 2 de enero de 2007, tal como lo consagra el artículo 70 del Código Civil. (...)"*

"10. De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Corte encuentra que la interpretación dada a la norma con fundamento en la cual la autoridad administrativa respaldó su decisión de extender al primer día hábil el plazo de los 10 días calendario, se efectuó dentro del ámbito de la autonomía interpretativa de que gozaba como autoridad administrativa y por tanto no puede ser reprochada constitucionalmente, en tanto que no plantea un problema de

trascendencia constitucional, ni vulneran principios ni valores constitucionales, ya que son el resultado de un análisis razonado y jurídicamente admisible". (cursiva y corchetes fuera de texto).

Estas consideraciones también aplican respecto a la hermenéutica del juez al momento de controlar la elección del contratista, porque en los casos difíciles debe acudir, en primer lugar, a la teleología del pliego de condiciones antes a que a su criterio sobre lo conveniente, o lo que los expertos en ciertas materias consideren más adecuado, pues el pliego, se reitera, es de estricto cumplimiento.

Esto sucede especialmente en los supuestos en que el pliego de condiciones define ciertos términos, conceptos, categorías o fija metodologías, que pueden, incluso, ser propios de disciplinas o ciencias diversas, como sucede comúnmente con la ingeniería o las finanzas. Esto se hace en los pliegos para precisar *conceptos jurídicos indeterminados*³⁰ y también *conceptos técnicos indeterminados*, para clarificar su sentido y alcance; así, el juez, en materia contractual, antes de acudir al concepto propio del término en la disciplina o técnica a la que aquel pertenezca, debe indagar si de algún lugar del pliego es posible obtener claridad para orientar la decisión, pues debe atender preferentemente lo estipulado en los documentos contractuales.

³⁰ "Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer el 'recurso ordinario' es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario 65 años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados, y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del *concepto jurídico indeterminado* la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo las cuales solo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, séptima edición, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 446.

Lo anterior no quiere decir que el concepto de los expertos carezca de validez o relevancia, solo que sus experticias –al igual que los razonamientos del juez- deben enmarcarse dentro de la lógica, o, en general, de lo regulado en los documentos contractuales. Es decir, los peritos deben rendir sus conceptos en armonía con los documentos del contrato, de acuerdo a lo que la entidad exigió o consagró, antes de dictaminar a partir de la generalidad y hasta de la especialidad de su conocimiento o de lo que su ciencia o disciplina indiquen.

Esto aplica, por ejemplo, en el caso en que la entidad, con la finalidad de contratar la pavimentación de una carretera, defina en los pliegos de condiciones un concepto para evaluar las propuestas, como sucede con la experiencia, para lo cual suele exigir que se acredite la ejecución de contratos *similares, del mismo tipo, idénticos, de la misma naturaleza*, y de acuerdo a los ejecutados se asigna cierto puntaje o incluso sólo se exige como requisito de participación en el procedimiento. Si el pliego de condiciones, además de señalar lo anterior, establece criterios que concretan dichos conceptos, por ejemplo, señalando que por *similar, del mismo tipo, idéntico o de la misma naturaleza* se debe entender la ejecución de contratos de obra civil, en vista de que allí se definió o al menos se concretó el significado de tales conceptos, al evaluar las ofertas se debe considerar no si el contrato, en abstracto, es similar, de la misma especie, idéntico o del mismo tipo –*abstracto* se hace referencia a lo que un experto en la materia consideraría en relación a dos contratos respecto a su similitud, semejanza o identidad- sino que debe examinarse si los contratos mediante los cuales se pretende cumplir el requisito implican la ejecución de obras civiles; así, aunque la construcción de viviendas no se asemeja –en abstracto- a la construcción de una carretera, si valdría para acreditar experiencia en cuanto se ejecutó una obra civil.

Lo que sugiere el ejemplo es que el juez no puede imponer su criterio, esté o no apoyado en experticias, si encuentra que de la configuración del negocio es posible extraer la hermenéutica o sentido de lo llamado a contratar, es decir, si del pliego, incluso por analogía, es posible orientar su sentido –y con mayor contundencia si directamente se establece en él, sin necesidad de acudir a interpretar analógicamente-. Siguiendo con el caso propuesto, que el criterio de *experiencia específica* simplemente señalara que la evaluación se hará de acuerdo a los contratos similares, del mismo tipo, idénticos o de la misma naturaleza ejecutados por el proponente, sin señalar qué se

entiende por tal, pero otro criterio de evaluación utiliza y clarifica alguno de los conceptos, por ejemplo, en la evaluación técnica, en el supuesto de que se exigiera un profesional que haya tenido experiencia como residente de obra en varios contratos *similares, del mismo tipo, idénticos o de la misma naturaleza* y en tal lugar se defina qué se entiende por tal, por ejemplo, que sea allí donde se señale que dichos conceptos denotan la construcción de obra civil; en tal caso el juez, al igual que la administración, debe optar por el sentido establecido, incluso aun cuando considere que se debió exigir la experiencia solo en contratos de pavimentación de carreteras.

Solo cuando el pliego de condiciones es insatisfactorio se acude a criterios más generales, como la lógica del juez o de los expertos en áreas específicas del conocimiento –o se acude a ellas siempre que guarden coherencia con lo establecido en el negocio- pues si el pliego dispuso algo en relación con el criterio debatido, prima sobre lo que los técnicos opinen en su análisis más abstracto vinculado a sus conocimientos.

Esta forma de interpretación expresa la lógica que se desprende de lo señalado en el artículo 28 del Código Civil, que en relación con el significado de las palabras –lo que no se reduce a una palabra sino que pueden ser oraciones construidas-, señala: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Una lectura similar aplica para los documentos del contrato: debe acudirse primordialmente a ellos, incluso cuando el juez considere más conveniente que el sentido que se les dé sea otro. Igual lógica se desprende del artículo 1619 del Código Civil que señala que pese a la generalidad de los conceptos que se incluyen en el contrato, como son las exigencias requeridas por la entidad en los pliegos de condiciones, su sentido se orientará en armonía con lo contratado³¹.

De conformidad con lo anterior, también debe acudirse a la técnica hermenéutica fijada en el artículo 1618 del Código Civil: “Conocida claramente la intención de los

³¹ “Art. 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Esto no quiere decir que la administración, al momento de evaluar las ofertas pueda variar o señalar, a su voluntad, cuál fue la intención plasmada en los pliegos, lo que debe buscar y atender es la intención que tuvo al momento que los estableció, pues tal lógica puede orientar de mejor manera el sentido de las reglas fijadas en el negocio, que debe interpretarse como un todo y no aisladamente; es por esto que la regla hermenéutica del artículo 1618, aplicada a los pliegos de condiciones, se orienta a descubrir la intención pretendida de la administración en la configuración del negocio, esto es, al momento de elaborar los pliegos.

4.3. Aclaraciones al pliego de condiciones como criterio interpretativo prevalente.

El criterio anterior guarda relación con las *aclaraciones al pliego de condiciones*³² que hace la propia administración, y aunque en algunos casos no se integren estrictamente a éste, lo que sucede cuando no culminan en modificaciones mediante *adendos*, las respuestas o aclaraciones que brinda la entidad sirven como instrumento para interpretar el pliego; de hecho, mediante ellas se manifiesta la intención de que trata el artículo 1618 del Código Civil, esto es, la finalidad que tenía la entidad al momento de

³² Sobre esta actuación al interior de los procedimientos de selección de contratistas, el numeral 4 del artículo 30, modificado por el artículo 220 del Decreto-Ley 019 de 2012, señala: “4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

“Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

“Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.”

Con la finalidad de aclarar el contenido de los documentos contractuales, el inciso segundo del artículo 19 del decreto 1510 de 2013, señaló: “La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto”.

confeccionar los pliegos de condiciones, por tanto, la respuesta que ésta brinda –sea que se dé en audiencia o no- la vincula, y también se integra al pliego de condiciones.

La posibilidad de *aclarar*, que consagra el estatuto contractual para ciertos documentos del procedimiento contractual, consiste en hacer más fuerte el significado de algo, perceptible, comprensible o dar a entender las causas de cierta estipulación. En una sentencia anterior, esta Sala se ocupó de tal concepto, en relación con la posibilidad de *aclarar o explicar* el contenido de las ofertas, ideas susceptibles de trasladarse a la hermenéutica del pliego, específicamente con la posibilidad de presentar aclaraciones por parte de la entidad, ya sea de forma oficiosa o por solicitud de algún interesado³³.

La vinculación de la administración a las aclaraciones que realiza guarda estrecha relación con la institución ligada al principio de la buena fe, relacionada con la prohibición de “venir contra los actos propios” -*venire contra factum proprium*-. Esta relación la pone en evidencia la doctrina civilista, especialmente DÍEZ-PICAZO, que destaca la fuerza obligatoria que tienen las “conductas interpretativas” de las partes en los negocios jurídicos, lo que puede hacerse extensivo a las aclaraciones –como conducta interpretativa- de las entidades públicas en relación con los pliegos de condiciones, máxime si se tiene en cuenta la naturaleza marcadamente *adhesiva* de los contratos estatales, por ser la entidad la que, casi que en su totalidad, configura el negocio, adhiriéndose el contratista a dichos términos. No obstante que el autor referido señala la vinculación que existe entre la *conducta interpretativa* y la teoría de

³³ En la sentencia referida, la Sala –sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 27.986- hizo un estudio sobre la evaluación de las ofertas, en que se estudió, entre otras cosas, la posibilidad de *subsananar* y *aclarar o explicar* el contenido de las ofertas, por lo que tiene una especial relación con el tema que ahora se estudia, allí se señaló: “...no puede olvidarse que las *propuestas*, como *textos* que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos”.

(...)

“De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja”.

“En todo caso, cuando la administración asume la *actitud hermenéutica* no trata, como propósito, de encontrar incoherencias o errores para detenerse en ellos y agotar su trabajo de evaluación, la intención correcta es precisar la incidencia que tiene ese hallazgo en el proceso de selección y en el futuro contrato, de ahí que cuando se presentan dudas sobre el alcance o sobre posibles falencias de la oferta deben escucharse las explicaciones del proponente, para garantizar tanto su participación como el interés general de encontrar la oferta que mejor garantice el servicio público”.

los *actos propios*, concluye que no es necesario acudir a ella para revestir de fuerza obligatoria dichas conductas hermenéuticas de las partes, al ser innecesario recurrir a los principios generales del derecho existiendo una norma como la dispuesta en el artículo 1282 del Código Civil español –“para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos o posteriores del contrato-. Así, señaló:

“Los actos de los contratantes, los actos de los sujetos de un negocio jurídico son un elemento interpretativo de extraordinaria calidad o importancia. La ‘conducta interpretativa’ adquiere así el relieve de criterio hermenéutico de gran trascendencia”

(...)

“La interpretación de un negocio jurídico, se ha dicho en otro lugar, pueden hacerla, no hay ningún inconveniente, las partes mismas mediante *una declaración posterior que fije y señale, de manera inequívoca, el sentido y el alcance que quisieron dar a la anterior declaración, a la declaración primitiva. Se habla entonces de una interpretación auténtica del negocio jurídico.* La interpretación dada por las partes a su propio negocio jurídico, dice BETTI, pueden adoptar la forma de una nueva declaración complementaria a la anterior y alcanzar así el carácter de interpretación auténtica del negocio, apta para vedar toda inteligencia del negocio distinta de la expresada por este medio. Se produce entonces lo que puede denominarse una ‘eficacia declarativa del negocio’”.

(...)

“No sólo a los ‘actos de ejecución del negocio deben atribuírsele valor interpretativo, sino también a todos aquellos actos que, según las reglas del criterio humano, revelen el sentido que las partes han querido dar a sus declaraciones.

“Pues bien, la parte que con su conducta ha contribuido a fijar el sentido de las cláusulas de un negocio jurídico y a fijar su interpretación no puede luego discutir este sentido, ni pretender que la cláusula discutida posee otro diferente. Una discusión posterior del sentido con que la propia conducta interpretativa se ha atribuido a un negocio jurídico, parece, de esta manera, que constituye un ‘venire contra factum proprium’, partiendo del supuesto de que toda persona de buena fe se comporta, en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos, de una manera conforme con los fines perseguidos por el negocio y conforme además con el sentido con que dichos fines fueron previstos u ordenados en el negocio. Una alteración posterior de estos fines negociales o del sentido del negocio revelado por la propia conducta, constituye a primera vista una contravención de la buena fe y un inadmisibles ‘venire contra factum proprio’”.

(...)

“Lo que, en cualquier caso, parece claro es que, para sostener el efecto vinculante de una interpretación auténtica del negocio, en virtud de una

voluntad interpretativa manifestada mediante el comportamiento observado en la ejecución del negocio, no es necesario acudir a ninguna regla especial 'extra legem' como es aquella según la cual a nadie es lícito venir contra sus propios actos. Basta, para ello, aplicar el principio general de eficacia vinculante de los negocios jurídicos y el precepto contenido en el artículo 1282 del Código Civil, que, si bien parece únicamente dictado para reglamentar la interpretación de los contratos, puede sin dificultad aplicarse extensivamente, como criterio hermenéutico, a toda clase de negocios jurídicos". (Cursiva fuera de texto)

En armonía con lo anterior, lo expuesto por la entidad cuando aclara los pliegos de condiciones la vincula, al igual que el juez debe tener en cuenta tales parámetros interpretativos al momento de fiscalizar la decisión administrativa, porque allí se fija el sentido más claro de lo exigido por la Administración y debe estarse más a ello que a otros posibles sentidos, incluso literales del pliego, tal como lo señala el art. 1618 del Código Civil.

Esto resulta lógico si se tienen en cuenta las etapas del procedimiento contractual, donde se presentan dos momentos, sin entrar en mayores detalles: i) la entidad publica los pliegos de condiciones, donde fija las reglas del negocio a celebrar, al igual que los criterios para seleccionar el contratista; y ii) luego se presentan -momento posterior- las aclaraciones al pliego de condiciones, que incluso pueden concretarse en modificaciones del negocio inicialmente previsto, mediante la expedición de *adendos*, pero no solo estos tienen fuerza vinculante, ya que las demás consideraciones también supeditan a la administración, pues allí, de forma reflexiva, mirando en retrospectiva el pliego de condiciones sobre puntos específicos, logra advertir los malentendidos – incluso *errores* o *incompletitudes*, los cuales ameritan más que una simple aclaración la modificación del pliego, mediante *adendos*-, contenidos oscuros, incoherencias o falta de claridad, que puede advertir *motu proprio* o por solicitud de aclaración efectuadas por los oferentes, que tienen gran participación en esta actividad, dado su interés en la seguridad jurídica de tener mayor claridad en cuanto a los requisitos y obligaciones fijados por la entidad, y de esta manera no verse sorprendido, en la medida de lo posible, por el comportamiento administrativo³⁴.

³⁴ Esta vinculación depende, en mayor o menor medida, en la especificidad y claridad de las declaraciones de la administración, que pueden prevalecer sobre literalidades del pliego, lo que depende, entre otras cosas, que dichas afirmaciones se presenten debidamente contextualizadas y no se hayan obtenido mediante maniobras engañosas de los proponentes para orientar el sentido de los pliegos en su

Lo expuesto en relación con la obligatoria aplicación de los pliegos rige, con rigurosidad, salvo que de éste se desprenda alguna desviación de poder o ilegalidad³⁵, pero no porque el juez –esté o no apoyado en experticias-³⁶ considere que lo más conveniente que debió exigir la entidad fuera otra cosa, pues, se reitera, hay que aplicar rigurosamente el pliego de condiciones, por lo que el juez no puede inaplicar, bajo el argumento de su mayor razonabilidad, alguna parte del pliego, porque implicaría atentar contra la inderogabilidad singular de este, pues él, en su integridad, se presume legal y solo es posible inaplicarlo frente a situaciones donde se cuestione ésta.

5. Regulación en los pliegos de condiciones de la figura del *empate de ofertas*. Estudio del caso concreto.

favor, aquí se trata es de desentrañar la intención que tuvo la entidad al momento de confeccionar los pliegos y al aclararlos.

³⁵ Por ejemplo alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993: “Art. 24. Del principio de Transparencia. En virtud de este principio: (...)”

“5. En los pliegos de condiciones:

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

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

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

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

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

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

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

³⁶ Estos criterios aplican, igualmente para los peritos quienes deben rendir sus conceptos siguiendo los criterios, conceptos o metodologías fijadas en el pliego de condiciones. Es observando documento que como deben rendir sus experticias.

Con fundamento en lo que se encuentra demostrado en el proceso, la Sala analizará la legalidad de la condición demandada del pliego de condiciones –la figura del *empate* entre ofertas que tienen determinado puntaje- y el acto de adjudicación del contrato, para establecer si, como lo pide el demandante, son nulos.

Recuérdese que el Municipio inició el proceso de licitación pública No. 01-96 para la construcción de la primera etapa del Plan Maestro de Saneamiento, en el que estableció la forma de evaluar las propuestas. Específicamente, en el numeral 1.10, estableció que cuando la diferencia entre la oferta de mejor puntaje y cualquier otra no superara el 5% del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas, se estimarían *empatadas*. A continuación dispuso los criterios que debían aplicarse para desempatar: en primer lugar el *precio* y en segundo lugar el *plazo*.

“De acuerdo con el puntaje obtenido por cada uno de los proponentes, se establecerá un orden de elegibilidad para la adjudicación del contrato.

“En caso de presentarse un empate o una equivalencia entre dos o más propuestas, la favorabilidad la constituirá el más bajo precio y, en caso de persistir el empate por la igualdad en precios, será determinante el plazo. Se consideran equivalentes las propuestas que no difieran en más de un cinco por ciento (5%) del puntaje máximo obtenido por alguna de ellas (...)”

Al evaluar las 25 ofertas presentadas, la entidad declaró el *empate* entre varias – conforme al orden de elegibilidad-, en consecuencia aplicó el primer criterio de desempate previsto en el pliego -el menor precio-, lo que condujo a adjudicar el contrato al proponente ubicado en el segundo lugar en el orden de evaluación; y no al demandante, que ocupaba el primer lugar:

“Orden de Elegibilidad

Proponente	Precio	Puntaje	Observaciones
“Canalycon S.A.	790.144.629	917.3	
“Construimos y Asociados Ltda.	824.762.204	944.6	
“Acual S.A.	837.097.624	899.7	
“Concypa Ltda.	850.546.226	904.0	
“Multiestudios Civiles y Cía.	872.950.683	898.0	

La Sala examinará si la decisión se ajustó al ordenamiento, como la defiende la entidad; o si lo viola, como la demandante pide que se declare. Para definirlo cabe considerar dos perspectivas: *De un lado*, desde el punto de vista de la adhesión y respeto de la entidad al pliego de condiciones, no cabe duda que la adjudicación se adecuó al derecho, porque el pliego previó que en caso de *empate* -en los términos que definió: diferencia no mayor al 5% entre los mejores puntajes de las ofertas- se consideraban empatados, y en este evento se adjudica a quien tuviera, de entre las ofertas empatadas –sin incluir las demás- el precio más bajo; de persistir el empate se adjudica la oferta de menor plazo.

Desde este punto de vista, la Sala advierte que la entidad observó estrictamente el pliego, así que desde este punto de vista ningún reproche cabe a la decisión. De hecho, la defensa de la entidad consiste en que respetó y se apegó estrictamente a las reglas del proceso de selección.

Pero, de *otro lado*, el problema que plantea el demandante es que el aparte citada del pliego de condiciones es nulo, porque viola el derecho a la selección objetiva que garantiza la Ley 80 de 1993, porque con semejante regla no se escoge al primero en puntaje en el proceso de licitación sino a cualquiera otro ubicado en una posición distinta de la evaluación.

Antes de resolver la segunda cuestión, la Sala recuerda que la figura del *empate* -de cierto uso en los pliegos de condiciones- suele adoptar dos modalidades: i) la poco común –e ilegal-, que expresa que en caso de *empate* se le adjudicará el contrato a cualquiera de las ofertas involucradas en él, según el criterio de la entidad; y ii) la modalidad más usual –ajustada a la ley-, dispone que en caso de *empate* se adjudica conforme a un listado de criterios previstos en el pliego, en la ley o en el reglamento, por ejemplo: a la oferta que tenga el mejor puntaje en algún factor objetivo de selección tenido en cuenta en el pliego de condiciones -precio, plazo, garantías, experiencia, etc.-.

En los términos indicados, la primera modalidad es diferente de la segunda, aunque ambas pretenden cumplir la misma función al interior de un proceso de licitación. Mientras la *primera* justifica el desempate mediante la elección subjetiva, caprichosa y hasta arbitraria del ganador –como cuando dos o más participantes obtienen el máximo puntaje: por ejemplo, 95 puntos sobre 100, y se reserva la potestad de escogerse a cualquiera de los empatados-; en la segunda modalidad se desempata aplicando una regla absolutamente objetiva de escogencia, y que además guarda relación con el negocio.

La *primera* manifestación del *empate* no admite duda de su ilegalidad, porque no sólo castiga a quien obtiene el mayor puntaje en la evaluación de las ofertas, sino –sobre todo por esto- porque la administración le adjudica a cualquier oferente que esté involucrado en el empate, lo que incorpora una discrecionalidad inadmisibles en favor del funcionario que adjudica, por la decisión definitivamente orientada por la subjetividad, prohibida por la Ley 80 de 1993. En este evento, lo reprochable y falto de objetividad no es tanto la declaración del empate como la manera de desempatar: adjudicándole a quien la entidad considere *ad hoc* la oferta más favorable.

No hay duda que la *segunda* modalidad de empate es más compleja y sofisticada en su regulación, porque el pliego es quien la crea y ordena, pero lo importante es que contiene y desemboca en una regla de adjudicación objetiva: se escoge al adjudicatario solo entre las ofertas empatadas, y además entre ellas se elige la que tenga o cumpla determinada regla objetiva preestablecida en el pliego.

En este evento, la determinación o declaración de la existencia del *empate* es imparcial: aplicación del resultado de la evaluación de las ofertas; pero lo más importante es que la manera de *desempatar* también es objetiva: aplicación de otra regla contenida en el pliego, también objetiva. De esta manera, en ningún momento la discrecionalidad o la subjetividad participan de la aplicación, porque sencillamente se le adjudica a quien tenga el mejor índice o puntaje en un factor de selección previamente identificado en el pliego, y luego evaluado por la entidad; el factor nunca se crea ni examina o valora al momento de adjudicar.

Antes de avanzar, cabe preguntarse por el origen de la figura del *empate* en el entorno de la contratación: ¿su creación es legal, reglamentaria o administrativa? La respuesta incluye todas las opciones, porque tiene una incipiente regulación legal y reglamentaria, pero no se agota allí, porque los pliegos participan de manera importante y decisiva en su configuración.

De hecho, el art. 21 de la Ley 80 instituye la materia, porque dispone una forma particular de adjudicar la licitación en caso de *empate* de ofertas que involucren bienes o servicios de origen extranjero y de origen nacional³⁷. Además los reglamentos que ha tenido la Ley 80 han dispuesto aspectos sobre la manera de obrar en caso de presentarse un empate³⁸. Incluso, esos mismos reglamentos exigen que el pliego de

³⁷ Los incisos 4 y 5 del art. 21 aluden a una forma de empate de ofertas, de la siguiente manera: “En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

“Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.”

³⁸ El art. 22 del Decreto 1510 de 2013 establece que en los pliegos se establecerán: “3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

“Luego, el art. 33 dispone: “Art. 33. *Factores de desempate*. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

“Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

“1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

“2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

“3. Preferir la oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura.

“4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo

condiciones disponga qué sucede en eventos así, así que han anticipado la existencia eventual de la *igualdad* entre oferentes, durante el proceso de evaluación.

Adicionalmente, el *empate en puntos* no admite discusión sobre su posibilidad, y sobre todo en relación con su calificación como modalidad de empate –se trata de la igualdad por excelencia-; el problema lo genera el empate por proximidad en el puntaje, *acompañado de un criterio se desempate subjetivo o discrecional*, del cual duda el demandante que pueda crearlo el pliego de condiciones.

Como se advirtió, no solo la ley y sus reglamentos aluden a la figura del empate; su concreción también procede de los pliegos de condiciones, con fundamento en la discrecionalidad de la que dispone la administración para fijar las condiciones jurídicas, técnicas y financieras del proceso de selección y del futuro contrato. En efecto, los pliegos pueden establecerlo y regularlo, porque el *empate* es jurídica y técnicamente posible que se presente entre dos o más oferentes. La admisibilidad lógica de esta circunstancia es la que justifica su incorporación al pliego. Concretamente, la igualdad material entre oferentes es defensible y justificable, aunque los involucrados no tengan exactamente el mismo puntaje, sino que se encuentren en un rango razonable y predeterminado por el pliego, por las siguientes razones:

i) Porque la Ley 80 y sus reglamentos crearon, advirtieron y regulan la figura del *empate* entre ofertas, sin alguna *forma o regulación objetiva* de él. De allí que el fundamento que le ofrece la legislación positiva a esta institución valida su existencia en los pliegos de condiciones.

ii) Porque toda *forma objetiva* de empate entre proponentes es admisible siempre y necesariamente que el pliego regule exhaustivamente la manera de calificarlo, y sobre todo de resolverlo, quedando proscrito crear espacios discrecionales de decisión en su interior. En caso de configurarse sólo se admiten reglas fuertes y firmes que dispongan la manera de proceder. En este evento, el empate tiene una sola

menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

“5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.”

naturaleza: igualdad material de los oferentes, cuya definición o manera de resolver exige la existencia en el pliego de una regla *absolutamente objetiva* de desempate.

iii) Porque la autonomía de la voluntad le permite a cada entidad estatal estructurar el proceso de selección de sus contratistas, con la única limitación de que entre las reglas que incorpore no incluya alguna que atente contra una norma de la Ley 80. Definir cuándo existe empate entre los oferentes y de qué manera se resuelve no viola la ley, por el contrario, ella exige que se disponga en los pliegos la manera de desempatar, cuando este fenómeno se presente durante la evaluación de las ofertas.

iii) El *empate* es una figura objetiva siempre que su concreción o forma de determinarse no dependa de la voluntad de la administración que evalúa: Se tratará de un verdadero empate si las razones de la igualdad de los oferentes son verificables y se justifican. Tratándose del empate en puntos entre dos o más oferentes no hay duda de su objetividad; aunque el empate por proximidad en puntos también lo será, con la exigente condición de que a continuación el pliego de condiciones establezca –vale la pena insistir–: a) una manera precisa y rigurosa de establecerlo, sin intervención discrecional de los oferentes o de la administración al momento de calificar las ofertas; y b) la manera objetiva de desempatar, mediante la aplicación de criterios muy claros y preestablecidos.

iv) El empate técnico también es una institución válida, siempre que su justificación sea razonable en el ámbito de los negocios –en vigencia de la Ley 1150 es un aspecto que se deberá justificar en los estudios previos–, tanto del sector público como del privado –y de hecho lo es–. No se olvide que las entidades estatales pueden celebrar los contratos que la autonomía de la voluntad autoriza, y en las condiciones y con los pactos o cláusulas que el derecho civil y comercial acostumbra emplear; salvo norma legal en contrario.

De hecho, en los negocios entre particulares es razonable y propio del juicio de un *buen padre de familia* buscar opciones para sus contratos que le permitan balancear, de la mejor manera posible, las condiciones de calidad y precio de los bienes o servicios que adquiere. Es por esto que la empresa privada opta muchas veces por escoger su contratista a partir de determinado *nivel de servicio*, o un específico *nivel de calidad* de

los bienes, o ante un concreto *nivel o condición subjetiva de los oferentes*, dándole igual comprarle a uno u otro oferente, porque demuestran tener condiciones equilibradas, teniendo en consideración el producto que recibirían de ellos.

En eventos como este los particulares crean una regla razonable -tanto económica como técnica- que les insta a elegir entre ofertas semejantes -en los aspectos aludidos- la de quien mejor condición ofrece en el factor de evaluación que más le interesa como comprador, luego de acreditar la similitud de condiciones: experiencia, calidad, precio, plazo, etc.

Lo anterior significa que es transparente, objetiva y razonable -de ninguna manera arbitraria, subjetiva u oscura- una regla de adjudicación técnico-económica como esa, propia de un buen negociante, que cuida sus intereses, y ante condiciones de mercado parecidas se inclina por un factor importante o decisivo para su negocio, cuando encuentra en el mercado que dos o más proponentes garantizan las mismas condiciones de calidad del producto o servicio. En este evento, el comprador particular no se inclina *subjetiva* y caprichosamente por un oferente, sino *objetiva y razonablemente* por un factor muy importante de selección o comparación.

Tratándose del Estado, este razonamiento económico no pierde validez, pero para incorporarlo válidamente a sus contratos debe identificar anticipadamente -desde que publica los pliegos de condiciones- todo lo relativo a la manera de concretarlo, eludiendo la zona prohibida de la discrecionalidad para elegir a sus contratistas, y en su lugar creando un área de apreciación técnica y jurídica cargada de objetividad, porque durante la etapa de evaluación sólo se aplican reglas de selección creadas tiempo atrás, y en caso de existir empate -que por demás puede no presentarse- se utilizará otra regla preexistente a dicho evento.

En consecuencia, aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala concluye que la condición prevista en el numeral 1.10 del pliego de condiciones no desconoció el deber de selección objetiva, esto es, no es ilegal, porque, en primer lugar, el empate regulado allí es una posibilidad técnico-económica razonable y usada en los negocios jurídicos, es decir, no se trata de un supuesto alejado de la dinámica de la contratación pública o privada, de modo que esta condición no es producto de la arbitrariedad del licitante,

que caprichosamente estableció un criterio para favorecer a un proponente. De hecho, esta es una condición de validez de cualquier cláusula de empate que contenga un pliego de condiciones.

No obstante, se reitera que, en principio, se trata de un evento razonable dentro de un escenario de negocios, de uso en el mundo de la contratación privada, pero para trasladarlo al ámbito de la contratación estatal hay que crear reglas de aplicación exigentes, que eliminen la subjetividad del adjudicador –libertad que, en cambio, admite la contratación civil o comercial-. Por esto, en la contratación estatal la estipulación se torna reglada, para impedir que la figura del empate propicie la subjetividad, aspecto que sí merecería reparos.

En el caso concreto, el municipio satisfizo la carga de reglamentación suficiente de la figura, sacándola de la subjetividad posible donde vive y admite el derecho privado, para incorporarla al administrativo libre de caprichos o gustos *ad hoc*, preparándola con adecuadas reglas de funcionamiento que la inmunicen de la discrecionalidad de la apreciación. Para esto la entidad estableció la regla del empate y la respectiva sub regla de desempate, concretamente dispuso que si se presentaba aquél, éste se aplicaría de la siguiente manera: se preferirá, en primer lugar, el precio; y de persistir el empate se optará por la oferta con mejor plazo, lo que supone sujetar la selección a criterios objetivos, impidiendo manipular la decisión.

La figura es prohibida cuando un pliego no dispone *reglas objetivas* de empate y de desempate, pero no por el hecho de tratarse simplemente de un empate sino porque no se garantiza la objetividad de la selección. En cambio, la figura es válida si cuenta con una reglamentación básica y suficiente, porque su aplicación en los negocios es razonable y pretende privilegiar, favorecer o beneficiar al interés general, no a un oferente. Tan evidente es esto que el ahora demandante no objetó el pliego de condiciones antes de presentar su oferta –porque la condición ni lo beneficiaba ni lo perjudicaba-, fue cuando se aplicó el pliego y se realizó la evaluación –viéndose con el máximo puntaje-, que de mala fe y falta de seriedad en su posición como comerciante buscó el cambio de la regla, pero no para reprochar la subjetividad sino para usarla en su favor.

De otro lado, en cuanto al porcentaje de equivalencia previsto en el pliego –diferencia de hasta el 5% entre las ofertas de mayor puntaje-, para la Sala es proporcional, adecuado y suficiente –un porcentaje superior exige otro análisis para el caso concreto-, y no sugiere la intención de la administración de manipular, a partir de motivaciones subjetivas, la selección del contratista –en el hipotético caso de empate-, porque la misma disposición señaló criterios objetivos de desempate.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en inaplicar por ilegales las cláusulas del pliego de condiciones establecidas en esta misma orientación, pero solo cuando contemplan la posibilidad de escoger discrecionalmente al adjudicatario, por configurarse la equivalencia entre algunas propuestas, así:

“De tal forma, no resulta ajustado al principio de selección objetiva la disposición contemplada en la Cláusula 1.16 del pliego de condiciones, porque al señalarse que son equivalentes y por lo tanto igualmente elegibles todas aquellas propuestas que estén en un rango del 10% con respecto a la propuesta que tenga mayor puntaje, le da a la entidad la facultad de decidir subjetivamente y por tanto apartarse del estricto orden de resultado que arroja la valoración de cada uno de los factores exigidos. El criterio estipulado resulta impreciso, no sólo porque permite eludir las calificaciones obtenidas en el proceso selectivo, sino además porque en virtud del mismo la entidad puede ofrecer argumentos de conveniencia que resultan sorprendidos para aquel que obtuvo la más alta valoración, desconociendo que una de las características de la licitación es precisamente la delimitación previa de reglas claras y precisas que ofrezcan certeza respecto de la decisión que va a asumir la administración. Cuando se deja abierta la puerta a una evaluación de las ofertas que no atiende de forma exclusiva a la verificación de las exigencias habilitantes o a la ponderación mediante fórmulas matemáticas de los ítems establecidos en la norma general que rige la actividad licitatoria, la actuación de la administración puede tornarse arbitraria. Por este motivo, la Sala considera que es procedente la aplicación de la excepción de ilegalidad.

“Así las cosas, la inaplicación de la norma contenida en la cláusula 1.16 del pliego de condiciones puede comprometer la legalidad del acto de adjudicación, como quiera que éste es una materialización de las reglas contenidas en el acto administrativo general que rigió la escogencia del contratista, circunstancia que coloca de presente la relación directa e inescindible entre estas dos manifestaciones de voluntad de la autoridad administrativa. Sin embargo, para que las pretensiones de la demanda prosperen, el actor debe demostrar que obtuvo el mayor puntaje y que la escogencia realizada por la entidad fue una concreción de la fórmula según la cual las ofertas que se encontraran en un margen del 10% por

debajo de la mejor calificada se consideraban iguales y equivalentes.”³⁹

De modo que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que estas cláusulas adolecen de ilegalidad porque desconocen el principio de selección objetiva, y porque se apartan de los principio de imparcialidad e igualdad que debe orientar a la contratación estatal –regla general de estudio que ahora conserva la Sala-, en el presente caso, y sólo en el presente –una variación exige un examen puntual del mismo-, la figura no desconoce que la elección del proponente debe realizarse con base en el aludido principio, al contemplar una *sub regla de desempate* que le impide a la administración escoger discrecionalmente al proponente.

Lo anterior significa que el análisis de validez realizado hasta ahora aplica al caso concreto de la condición o cláusula prevista en el pliego de condiciones de esta licitación, otro supuesto exige un análisis propio, de manera que no toda cláusula de empate queda gobernada por una aplicación extensiva de este argumento de la providencia, siendo necesario juzgar una por una cada formula de empate que cree la administración, pues se insiste, la mayor parte de las veces la Corporación las ha encontrado ilegales.

Dejando de lado el aspecto que se analiza, y finalmente, respecto al cargo de falta de competencia del Alcalde para “modificar la Ley contractual con esta estipulación del pliego”, que si bien el demandante escindió en dos cargos diferentes contra la estipulación del pliego, es claro que ambos están directamente condicionados por un mismo supuesto, de modo que, al establecerse que la estipulación es legal también es claro que no hubo falta de competencia del Alcalde al expedirlo, y es preciso aclarar que el demandante afirma de manera impropia que con esta estipulación el Municipio modificó la ley de contratación estatal, toda vez que una norma de jerarquía inferior no tiene vocación de modificar una de rango superior, por ello, haciendo una interpretación favorable de los cargos formulados por el demandante, se tiene que alegó el desconocimiento o apartamiento de la cláusula del pliego de las normas de rango legal que regulan la contratación, pero tampoco le asiste razón, pues la estipulación no desconoce el contenido esencial del deber de selección objetiva, pues el

³⁹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, CP. Enrique Gil Botero, exp: 18.032

contratante es competente para establecer las condiciones que regularan el proceso licitatorio, con fundamento en lo establecido en las disposiciones legales, esto es, siempre que no se aparte del contenido principalístico establecido por el legislador para el proceso licitatorio.

Por lo anterior, en el presente caso no hubo desviación de poder, porque la selección del contratista se hizo con base en las estipulaciones establecidas en el Estatuto Contractual y en las disposiciones del pliego. En consecuencia, tal como lo estableció el tribunal, tampoco es nula la adjudicación del contrato, pues se ciñó al procedimiento y a los principios establecidos en las normas aplicables al caso.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 31 de enero de 2005 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Risaralda, Caldas y Chocó, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA