

## REGIMEN DE CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA

Por:  
Libardo Orlando Riascos Gómez  
Doctor en Derecho  
2008

---

Consejo de Estado, Sentencia de 2 de Febrero de 2000

### TEMAS:

- **El Contrato Estatal: Definición, etapas de desarrollo y perfeccionamiento, efectos jurídicos**
  - **El Pliego de condiciones: conceptualización y efectos jurídicos**
  - **Responsabilidad contractual**
  - **Aclaración del voto: Normas locales deben aducirse en "copia auténtica" al proceso de contratación.**
- 

### ABSTRACTS/Descriptores

**PLIEGOS DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA - Son los reglamentos que disciplian el proceso licitatorio de selección del contratista y delimitan el contenido y alcances del contrato / PLIEGO DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIAS - Naturaleza jurídica**

Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como "la ley del contrato". Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos "la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley" (Art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el Art. 30-2 Ley 80 de 1993). Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.

**PROPUESTA - Naturaleza Jurídica / EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS - La administración debe rechazar las que no se ajusten a los pliegos de condiciones o que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar**

Sobre la naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc. y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de

condiciones. En sentencia del 16 de enero de 1975, Expediente 1503, esta Corporación manifestó que "La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias". La Sala quiere resaltar que es deber de la administración ser muy clara en el proceso de evaluación de las ofertas, al punto que debe rechazar aquellas que no se ajusten a los pliegos de condiciones, o aquellas que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar. En caso de que permita ofrecimientos donde hay una relativa libertad del oferente pero que se reserva el derecho de aceptarlos o rechazarlos, debe entonces pronunciarse sobre los mismos y el momento para ello no es otro que el de la adjudicación, porque al decidir la administración cual es la oferta más conveniente la está aceptando y quedan tanto ella como el proponente, obligados a continuar con los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato (art. 35 decreto ley 222 de 1983).

Nota de Relatoría. Ver sentencia del 16 de enero de 1975, expediente 1503

### **CONTRADICCION ENTRE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, LA PROPUESTA Y EL CONTRATO - Consecuencias / ADJUDICACION - La Administración debe precisar las condiciones en que la realiza cuando ha dado libertad a los oferentes / DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS - Se aplica al contratista que firma un contrato sin objeción**

En el caso objeto del presente debate, la Sala observa que en la cláusula cuarta de la minuta del contrato integrante del pliego de condiciones se indicó que el pago del valor del contrato sería por "cuentas de cobro previo recibo de las mercancías" y nada se decía sobre el pago de un anticipo, lo cual tiene concordancia con las garantías del contrato que tampoco incluían la correspondiente a este concepto, de tal manera que la minuta no presentaba contradicciones. Pero dicha cláusula de la minuta del contrato si se contradecía con el numeral 3.6 del mismo pliego de condiciones, en el cual se solicitó a los proponentes indicar las condiciones y forma de pago, reservándose el Fondatt el derecho de aceptarlas o no. La contradicción que se presentó en el pliego de condiciones entre el numeral 3.6 y la cláusula cuarta de la minuta del contrato, sólo correspondía aclararla a la administración en el acto de adjudicación. El silencio de la administración no significaba el rechazo de la forma de pago de la propuesta, sino por el contrario su aceptación y por ello debió expresamente manifestarlo. Esta precisión resulta útil porque una cosa es que una oferta sea condicionada y otra es que el ofrecimiento del proponente provenga de la interpretación que tiene del pliego de condiciones, ya que en el primer evento a la administración no le queda otro camino que rechazar la propuesta porque son inadmisibles las propuestas que establezcan condiciones a cargo del licitante o de terceros a las que se sujetan las obligaciones del licitador; mientras que cuando de los términos del pliego de condiciones se desprenden manifestaciones inequívocas de la administración, ésta tendrá la carga de pronunciarse sobre tales condiciones y con mayor razón si se trata de aspectos en los cuales anunció "reservarse el derecho de aceptarlas o no". Para la Sala no hay duda, porque la redacción del numeral 3.6 no se presta a interpretación diferente, de que el pliego de condiciones le dió libertad a los oferentes para determinar las condiciones y la forma de pago esperada y que si la administración se reservó el derecho de aceptarla o rechazarla debía manifestarse ya fuera en el informe de evaluación de las propuestas, si a éste tenían acceso los oferentes o al menos en el acto de adjudicación para enderezar las condiciones en que la adjudicación se hacía. Pese a lo anterior, ante la omisión de la entidad contratante de efectuar la adjudicación en debida forma, el adjudicatario pudo hacer valer los derechos que surgieron con la aceptación de su propuesta al momento de la suscripción del contrato. Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, "mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía" y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos", lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad.

### **CONTRATO - Perfeccionamiento / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Diferencias con el régimen anterior**

La ley 80 de 1993 precisó que "los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito" (Art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes - (Art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho.

### **INCUMPLIMIENTO EN LA SUSCRIPCION DE CONTRATO - Sanciones / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Por no otorgamiento de las garantías**

Encuentra la Sala importante aclarar que en vigencia de la ley 80 de 1993 la ocurrencia de una situación similar a la del caso sub júdice no tendría igual tratamiento, porque si bien es cierto dicha ley en el Art. 30 ordinal 12 señala que "si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta" norma similar al Art. 36 del estatuto contractual anterior, la responsabilidad del adjudicatario por no otorgar las garantías es diferente, toda vez que la misma encuadra dentro de la responsabilidad contractual, en la medida en que el contrato estatal se perfecciona con la firma de las partes en los términos del Art. 41.

## **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

**Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil (2000).**

**Radicación número: 10399**

**Actor: SOCIEDAD CONFECCIONES CEM LTDA.**

**Demandado: FONDO DE EDUCACION Y SEGURIDAD VIAL DE BOGOTA FONDATT**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 15 de septiembre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual se dispuso negar las súplicas de la demanda.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda**

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 13 de febrero de 1992 por el representante legal de la Sociedad Confecciones CEM Ltda., quien a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

" Se declare la nulidad de las resoluciones 0292 y 0352 proferidas por la Directora Ejecutiva del FONDATT, mediante las cuales se hizo efectiva la póliza de seriedad de la propuesta No. 9248974 expedida por Seguros del Estado S.A y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra ella por la entidad demandante. "

#### **2. Los hechos**

Los expone así el demandante:

a) El Fondo de Educación y Seguridad Vial del Distrito Capital - FONDATT, abrió la licitación pública No. 13 de 1991 con el objeto de adquirir uniformes de gabardina para el personal masculino y femenino de la Unidad de Vigilancia.

b) En el pliego de condiciones que rigió la licitación se decía lo siguiente: "3.6- El proponente deberá indicar marca y características del bien ofrecido y el valor de su oferta en pesos Colombianos. Determinará igualmente la forma y plazo de entrega que se contará a partir de la fecha de perfeccionamiento del respectivo contrato como también las condiciones y forma de pago, reservándose el FONDATT el derecho de aceptarlas o no".

c) Confecciones CEM Ltda. presentó oferta y en lo referente a la forma de pago propuso un anticipo de 50% del valor del contrato y el saldo contra entregas parciales de la mercancía.

d) La licitación se adjudicó parcialmente a la sociedad demandante por un valor de \$158'147.584 sin que se hiciera exclusión o aclaración expresa respecto de la forma de pago de la propuesta, habiendo sido aceptada pura y simplemente.

e) Luego de ser notificada la adjudicación al representante legal de la compañía y éste manifestar la aceptación de la misma, la Secretaria de Tránsito y Transporte modificó las condiciones relativas a la forma de pago en la minuta del contrato, ya que en ésta se señaló que el FONDATT pagaría al vendedor el valor estipulado mediante la presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía con el lleno de los requisitos exigidos en el Código Fiscal Distrital.

f) El 13 de septiembre de 1991 el contratista firmó el contrato con la convicción de que sería modificada la forma de pago, tal como lo solicitó verbalmente y por escrito a la oficina jurídica mediante comunicación del 23 de septiembre de ese año, pero obtuvo como respuesta que de acuerdo con la facultad que confería el numeral 3.6 del pliego de condiciones la administración no había considerado la forma de pago de la propuesta.

g) La administración hizo efectiva la garantía de seriedad de la propuesta porque el contratista no constituyó las garantías del contrato dentro del plazo para su perfeccionamiento, a pesar de que éste lo firmó y pagó el impuesto de timbre y los derechos de publicación y adujo además que la firma del contrato por parte del representante legal de la sociedad constituyó una aceptación tácita de las condiciones allí establecidas.

### **3. La sentencia del Tribunal.**

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda en consideración a que "de conformidad con el art. 1602 del Código Civil el contrato es ley para las partes y por tal razón es de obligatorio acatamiento. Precisamente al haberse suscrito el acuerdo se imponía para ambas partes su inmediato cumplimiento."

Consideró que los cargos que se hacen en la demanda acerca del cambio de las condiciones del pliego de condiciones, no se ajustan a la realidad "por cuanto desde el momento en que al oferente, hoy demandante, se le convocó con el fin de tomar parte en la licitación, debió conocer las condiciones exactas de la forma de pago, pues tuvo acceso directo al pliego de condiciones".

Concluyó que "el demandante no demostró mediante algún medio de prueba que los motivos expuestos en la resolución por medio de la cual se ordenó hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta, fueron diferentes a los allí narrados" los cuales tampoco fueron debatidos en la demanda.

### **4. El recurso de apelación**

Argumenta el mandatario de la sociedad actora que la sentencia debe ser revocada en su integridad y por consiguiente deben anularse las resoluciones acusadas por las siguientes razones:

El contrato 094 celebrado entre el FONDATT y CONFECCIONES CEM LTDA por tratarse de un contrato de compraventa, nació a la vida como acto jurídico el 13 de septiembre de 1991 cuando lo firmaron las partes, esto es, por el solo consentimiento como reza el art. 1500 del C.C. y se tornó en ley para ellas (art. 1602), tal como lo reconoce el tribunal.

Si Confecciones CEM firmó el contrato pero no constituyó las garantías, no podía hacerse efectiva por parte de FONDATT la garantía de seriedad de la oferta porque el incumplimiento tenía relación con aspectos contractuales a los cuales se les debe aplicar el art. 237 del Código Fiscal del Distrito; en este caso correspondía al FONDATT dar "por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho se deba reconocer o pagar indemnización alguna".

Esta razón, unida a la mala fe del FONDATT, hacen nulas las resoluciones demandadas por haber aplicado una sanción que no estaba contemplada ni en el pliego de condiciones ni en el contrato, ya que se trataba de un contrato de compraventa y no de suministro al cual se le aplica la ley civil como lo indica el art. 304 del Código Fiscal del Distrito. La administración "podía únicamente exigir los extremos de la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

Considera el apelante que no hay lugar a la aplicación de ninguna sanción o pena, ni al cobro de garantía por incumplimiento, porque la administración no constituyó en mora a Confecciones CEM ni hizo requerimiento alguno en los términos de los artículos 1595 del C.C. y 326 del C.P.C.

De otra parte estima con relación a las obligaciones del FONDATT resultantes de la adjudicación de la oferta, que fue una terquedad de la administración no aceptar la modificación del contrato para ajustarlo a la oferta, ya que para no conceder el anticipo solicitado en la propuesta debió manifestarlo en el momento de la adjudicación y es pueril el argumento de la administración de que la forma de pago estaba señalada en la minuta del contrato anexada al pliego de la licitación, toda vez que dicha minuta era apenas información sobre "el contrato que se pretende celebrar" como lo expresa y determina el literal h del art. 233 del Código Fiscal del Distrito. De esta forma concluye que los oferentes tenían libertad de formular su propuesta y era del resorte de la administración aceptarlas o rechazarlas.

Si la firma demandante manifestó claramente en su propuesta que requería de un anticipo del precio para poderse obligar, al adjudicar la propuesta la administración tenía la obligación de elaborar un contrato de acuerdo a esa realidad y no atentar contra la libertad de negociación imposibilitando la ejecución del contrato al no aceptar la modificación del mismo con las posibilidades financieras solicitadas por el oferente para la entrega de los bienes.

## **5. Actuación ante esta instancia.**

**5.1** En el término concedido para alegar el apoderado de la entidad demandada además de reiterar los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, señala que la parte actora en el recurso de apelación efectuó un cambio total en las razones para declarar la nulidad de las resoluciones atacadas que no presentó en la demanda, que de aceptarse generarían anomalías procesales.

**5.2.** El Ministerio Público por su parte solicitó la confirmación del fallo recurrido. Advierte en primer lugar la ausencia del Código Fiscal del Distrito Capital invocado por el actor y el cual se aplica a los contratos que celebre la entidad demandada. Considera que pese a que fue una prueba pedida por la parte actora y que el Tribunal omitió decretar, pero que el afectado no la protestó, era necesaria su incorporación al plenario por mandato del art. 144 del C.C.A., ya que incide en la carga probatoria que de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C. recae en la parte que quiere obtener aplicación de la consecuencia jurídica por ella pretendida. Por lo anterior señala que se debe absolver a la parte demandada, salvo que en criterio de la Sala se subsane tal irregularidad decretando oficiosamente la prueba que se echa de menos.

Así mismo manifiesta que en el evento de que la Sala no comparta la consideración anterior, la decisión de la administración se ajustó a derecho, por cuanto al no estar perfeccionado el contrato, no podía como pretende el recurrente hacer valer obligaciones contractuales, por cuanto el incumplimiento se derivaba justamente de una obligación originada en el acto de adjudicación que no era otra que efectuar todos los actos conducentes al perfeccionamiento del contrato. Por ello comparte la conclusión del Tribunal cuando afirma que al haberse suscrito el contrato se imponía para ambas partes su inmediato cumplimiento. Además, siendo el otorgamiento de la garantía uno de los requisitos para su perfeccionamiento, no haberla constituido en los términos señalados en el pliego de condiciones impedía el perfeccionamiento; por esto mismo, la administración no podía aplicar sanciones contractuales y sólo le quedaba la opción de hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

**5.3** Por fuera de la oportunidad procesal la parte actora presentó memorial "en búsqueda de un justo equilibrio procesal y en beneficio de la aplicación del derecho sustantivo", en el cual reitera que dicha sociedad sí cumplió con el perfeccionamiento del contrato por tratarse de un contrato consensual, lo cual ilustra con la posición de la doctrina sobre la naturaleza del contrato de compraventa a la luz de las normas del código civil que deben aplicarse ante todo y no podían desconocerse por el Distrito. Insiste en que las garantías que se echaron de menos por el FONDATT son claramente de origen contractual como lo indica la cláusula octava del contrato, la cual además señala las sanciones que proceden en caso de no prestarse por el contratista.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La sala revocará la sentencia apelada y para ello abordará el análisis de los siguientes aspectos:

1) Los hechos probados. 2) La concordancia entre los pliegos de condiciones, la propuesta y el contrato. 3) El perfeccionamiento del contrato celebrado entre las partes. 4) La garantía de seriedad de la propuesta que se hizo efectiva por la administración por el incumplimiento del adjudicatario en el perfeccionamiento del contrato. 5) La ausencia de restablecimiento del derecho del demandante.

## 1. Los hechos probados.

1.1 Está probado que el Fondo de Educación y Seguridad Vial de Bogotá "FONDATT" ordenó la apertura de la licitación pública No.13 por medio de la resolución 000171 de 21 de junio de 1991 para la adquisición de uniformes y otros elementos de dotación para el personal masculino y femenino de la División Vigilancia y Administrativa (fl.110 c.2).

1.2 Los pliegos de condiciones que reglaron el procedimiento para la elaboración de la oferta, selección y contratación, contemplaron entre otros aspectos los siguientes que interesan a este debate:

3.5 (...) Adjudicada la licitación por el FONDATT, éste procederá a notificar al proponente favorecido.

El FONDATT contará con un término de treinta (30) días para la elaboración, aprobación y suscripción del respectivo contrato, reservándose el derecho de ampliar o disminuir el término previsto.

Suscrito el contrato, el Contratista tendrá un término de cinco (5) días para la constitución de las garantías y pago de impuesto de timbre nacional y publicación en el Registro Distrital cuando el Contrato supere la suma de \$50.000.000, de lo contrario procederá a lo establecido en el artículo 237 del C.F.D.

"3.6 El proponente deberá indicar marca y características del bien ofrecido y el valor de su oferta en pesos colombianos. Determinará igualmente la forma y plazo de entrega que se contará a partir de la fecha de perfeccionamiento del respectivo contrato como también las condiciones y forma de pago, reservándose el FONDATT el derecho de aceptarla o no." (subrayas de la sala). (fl.94)

1.3 En el formulario modelo que elaboró la administración para suministrar la información de la oferta se señalaba:

"6. FORMA DE PAGO: \_\_\_\_\_"(fl.97).

1.4 En el modelo de "CONTRATO ADMINISTRATIVO" (fl. 102) se estableció:

**"CUARTA: FORMA DE PAGO.-** El valor aludido en la cláusula tercera del presente contrato será cancelado por parte del Fondatt, mediante la presentación de cuentas de cobro previo recibo de las mercancías pactadas a cláusula primera (sic) y con el lleno de los requisitos exigidos en el Código Fiscal Distrital."

**VIGESIMA: PERFECCIONAMIENTO:** Para el perfeccionamiento del presente contrato es necesario que el contratista a su costa de cumplimiento a los siguientes requisitos: a) Allegar paz y salvo distrital vigente si el que se incluyó en la propuesta se encuentra vencido. b) Constituir las garantías pactadas en la cláusula décima novena. C) Publicación de su texto en el diario oficial lo cual se acreditará con el correspondiente recibo de pago y d) el pago del impuesto de timbre nacional."

1.5 La propuesta presentada por la sociedad Confecciones CEM Ltda. indicó las siguientes condiciones: (fl. 33)

"FORMA DE PAGO: 50% del anticipo y saldo contra entregas parciales de la mercancía.

PLAZO DE ENTREGA: Total 90 (noventa) días calendario contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

VIGENCIA: 90 (noventa) días calendario contados a partir del cierre de la licitación.

(...)

1.6 La junta directiva de la entidad en reunión del 15 de agosto de 1991 según consta en el acta No. 13 (fl.192 c.2) analizó la información de la licitación No. 13 y otorgó la misma (sic) a las sociedades Confecciones CEM Ltda. y Prominal Ltda.

1.7 Por medio de la resolución 000195 de 20 de agosto de 1991 la directora ejecutiva del Fondatt adjudicó la referida licitación a la sociedad demandante en la cual especificó los ítemes objeto de la adjudicación y el valor de los mismos (fl.55 c.2).

1.8 El secretario de la junta directiva mediante comunicación del 20 de agosto de 1991 notificó al demandante la adjudicación de la licitación (fl.54) y le solicitó dar a conocer por escrito la aceptación de la misma.

1.9 En escrito del 21 de agosto de 1991 el adjudicatario manifestó su aceptación a la adjudicación y se puso a disposición de la entidad contratante para cumplir con los requisitos del perfeccionamiento del contrato. (fl. 56).

1.10 Reposa en el expediente (fl.38) fotocopia del "contrato de suministro No. 94" firmado por el Secretario de Tránsito y Transporte de Santa Fé de Bogotá y el representante legal de la sociedad demandante el 13 de septiembre de 1991, en el cual se fijó como valor del contrato la suma de \$158.147.584 (cláusula segunda) y como forma de pago "mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía ..." (cláusula tercera).

1.11 El gerente de la sociedad contratista envió a la oficina jurídica de la entidad contratante la comunicación No.033687 del 23 de septiembre de 1991 en la cual solicitó la modificación del contrato para que se incluyera el pago del anticipo por cuanto la adjudicación se había efectuado sin hacer reparos a la forma de pago solicitada en la propuesta. Advirtió que "en todas las anteriores ocasiones en que CONFECIONES CEM LTDA ha propuesto y contratado con el FONDATT, se ha pactado el anticipo" y que los precios que resultaron ser los más bajos de todas las propuestas "estaban íntimamente ligados con la forma de pago, esto es, que se recibiría el 50% de anticipo" (fl. 58)

1.12 La entidad contratante dió respuesta a la anterior solicitud en el oficio de 24 de septiembre de 1991 manifestándole al contratista la improcedencia de tal modificación en razón a que la junta del Fondatt no había considerado la forma de pago de su propuesta, lo cual se había reservado en el punto 3.6 de los pliegos de condiciones. Consideró que la minuta del contrato integrante de los pliegos señalaba la forma de pago correcta y por tratarse "prácticamente de un contrato de adhesión" la administración no estaba obligada a cambiarla. También expresó que el contratista dispuso de un plazo de 5 días para el perfeccionamiento del contrato, contados a partir de la firma del mismo -13 de septiembre de 1991-los cuales vencieron el 20 de ese mes (fl.61).

1.13 Por medio de la resolución 000292 del 25 de septiembre de 1991 expedida por la directora ejecutiva del fondo demandado, se hizo efectiva la póliza No. 9248974 expedida por Seguros del Estado S.A que garantizaba la seriedad de la propuesta debido a que la sociedad adjudicataria no perfeccionó el contrato en el plazo señalado en el pliego de condiciones para la constitución de las garantías y el pago del impuesto de timbre (fl. 16).

1.14 La administración confirmó la anterior determinación por medio de la resolución 000352 del 29 de octubre de 1991. Calificó de extemporánea la reclamación para que se incluyera en el contrato la forma de pago señalada en la propuesta, por cuanto la oportunidad para ello "era, sin duda, anterior a la firma del contrato, que por lo demás se elaboró conforme a la minuta, que de acuerdo con el artículo 233 del Código Fiscal forma parte de los pliegos de la licitación". Y la firma del contrato sin objeciones, configuró su aceptación a las estipulaciones en él contenidas (fl. 19).

## **2. La concordancia entre los pliegos de condiciones, la propuesta y el contrato.**

Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del

contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como "la ley del contrato".

Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos "la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley" (art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el art. 30-2 Ley 80 de 1993).

Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.

En cuanto a su confección material la administración corre con la carga de la claridad en las especificaciones y condiciones que plasma en dicho reglamento, de manera especial cuando adopta el esquema de establecer unas condiciones básicas y dar de otro lado a los oferentes un margen de discrecionalidad o libertad de iniciativa, permitiéndoles colaborar en la determinación de otras especificaciones relativas al objeto de la prestación requerida, especificaciones de forma, modo, precio, plazo, etc. además de la posibilidad de formular ofertas alternativas o variaciones de oferta. No es otro el sentido de las pautas legales que consignaba el art. 30 ordinal 1º del decreto ley 222 de 1983 y hoy el art. 24 ord. 5º de la ley 80 de 1993.

Sobre la naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc. y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones. "La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias".<sup>1</sup>

Para José Roberto Dromi la presentación de la oferta (acto jurídico del proponente) traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente, el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento. El citado autor hace las siguientes anotaciones sobre la oferta<sup>2</sup>:

"... el incumplimiento o el irregular cumplimiento de los requisitos subjetivos, objetivos y formales de la oferta, provocan vicios generadores de su nulidad. El régimen de tales nulidades está previsto en el derecho privado. (...), aunque en materia de defectos formales, las normas de la contratación administrativa también fijan las consecuencias jurídicas de tales irregularidades".

"Los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación".

"Presentada la oferta, ésta no puede ser modificada por su oferente. (...)Excepcionalmente se admiten las aclaraciones que no alteren o modifiquen sustancialmente las propuestas, una vez iniciado el acto de apertura".

"(...) No existen razones jurídicas para negar la existencia de la "admisión" de ofertas, como acto administrativo del licitante generador de derechos y obligaciones para los licitadores. Si bien es cierto que el derecho positivo no prevé expresamente la admisión, establece en cambio la inadmisión de la oferta cuando le faltaren algunos de los recaudos que la normativa jurídica exige".

(...)

"La admisión de las propuestas se opera a veces de modo tácito, por cuanto el licitante se pronuncia sólo respecto de las ofertas rechazadas (inadmitidas), lo que implica la aceptación de las otras. No se trata del "silencio administrativo" denegador de derechos, ni mucho menos de una "simple omisión", sino de una clara actitud del órgano licitante, cuya reconocibilidad exterior, en cuanto determinación volitiva concreta, es indiscutible, pues entre esas ofertas admitidas, una será electa a los fines de la adjudicación".

La falta de rechazo de la oferta en esa oportunidad implica, en virtud de los principios de "preclusión" del procedimiento administrativo, la admisión automática de ella.

"(...) La admisión de la oferta genera un derecho para el licitador, con el equivalente deber para el licitante de apreciar, considerar, estimar o valorar, positiva o negativamente, la oferta, debiendo dar razón de su decisión que considera inadmisibles, inconvenientes o desventajosa la propuesta del licitador mediante un acto fundado y motivado".

"A diferencia de lo que ocurre en la *contratación civil*, en la que las ofertas, en principio pueden ser retractadas y alteradas, en la *contratación administrativa* la regla es inversa, y una vez admitidas no pueden ser revocadas, retractadas y alteradas. La inalterabilidad de las ofertas y su carácter vinculante son un resultado del acto administrativo de admisión, y le son impuestos al oferente con el fin de tutelar la igualdad que debe existir entre todos los licitadores".

Con estos planteamientos la Sala quiere resaltar que es deber de la administración ser muy clara en el proceso de evaluación de las ofertas, al punto que debe rechazar aquellas que no se ajusten a los pliegos de condiciones, o aquellas que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar. En caso de que permita ofrecimientos donde hay una relativa libertad del oferente pero que se reserva el derecho de aceptarlos o rechazarlos, debe entonces pronunciarse sobre los mismos y el momento para ello no es otro que el de la adjudicación, porque al decidir la administración cual es la oferta más conveniente la está aceptando y quedan tanto ella como el proponente, obligados a continuar con los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato (art. 35 decreto ley 222 de 1983).

En el caso objeto del presente debate, la Sala observa que en la cláusula cuarta de la minuta del contrato integrante del pliego de condiciones se indicó que el pago del valor del contrato sería por "*cuentas de cobro previo recibo de las mercancías*" y nada se decía sobre el pago de un anticipo, lo cual tiene concordancia con las garantías del contrato que tampoco incluían la correspondiente a este concepto, de tal manera que la minuta no presentaba contradicciones.

Pero dicha cláusula de la minuta del contrato si se contradecía con el numeral 3.6 del mismo pliego de condiciones, en el cual se solicitó a los proponentes *indicar las condiciones y forma de pago, reservándose el Fondatt el derecho de aceptarlas o no*.

Se observa que en el estudio jurídico de las propuestas (fl. 144) la oficina jurídica resaltó entre otros aspectos de los proponentes la forma de pago. Se repara que de las siete propuestas analizadas, en cinco de ellas se solicitó la entrega de un anticipo y el pago del valor restante a la entrega de la mercancía; las otras dos propuestas solicitaban el pago conforme a la manera anunciada en el contrato modelo. También se advierte que en el informe jurídico se manifestó no haberse encontrado "excepciones y desviaciones de carácter jurídico" (fl. 154). Esto significa que para los funcionarios de la administración encargados del estudio de las propuestas, indicar una forma de pago estaba permitido y nada impedía que se solicitara la entrega de un anticipo.

La contradicción que se presentó en el pliego de condiciones entre el numeral 3.6 y la cláusula cuarta de la minuta del contrato, sólo correspondía aclararla a la administración en el acto de adjudicación. El silencio de la administración no significaba el rechazo de la forma de pago de la propuesta, sino por el contrario su aceptación y por ello debió expresamente manifestarlo.

Esta precisión resulta útil porque una cosa es que una oferta sea condicionada y otra es que el ofrecimiento del proponente provenga de la interpretación que tiene del pliego de condiciones, ya que en el primer evento a la administración no le queda otro camino que rechazar la propuesta porque son inadmisibles las propuestas que establezcan condiciones a cargo del licitante o de terceros a las que se sujetan las obligaciones del

licitador; mientras que cuando de los términos del pliego de condiciones se desprenden manifestaciones inequívocas de la administración, ésta tendrá la carga de pronunciarse sobre tales condiciones y con mayor razón si se trata de aspectos en los cuales anunció "reservarse el derecho de aceptarlos o no"<sup>3</sup>.

Para la Sala no hay duda, porque la redacción del numeral 3.6 no se presta a interpretación diferente, de que el pliego de condiciones le dió libertad a los oferentes para determinar las condiciones y la forma de pago esperada y que si la administración se reservó el derecho de aceptarla o rechazarla debía manifestarse ya fuera en el informe de evaluación de las propuestas, si a éste tenían acceso los oferentes o al menos en el acto de adjudicación para enderezar las condiciones en que la adjudicación se hacía.

Pese a lo anterior, ante la omisión de la entidad contratante de efectuar la adjudicación en debida forma, el adjudicatario pudo hacer valer los derechos que surgieron con la aceptación de su propuesta al momento

de la suscripción del contrato. Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, "mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía" y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos", lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad. Sobre esta doctrina ha dicho el profesor JESÚS GONZALEZ PEREZ:

" (...) Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, "la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos. Y la de 27 de febrero de 1981 (...) dice que "constituye un principio de Derecho civil y de la Teoría general del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de *fides* que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir *venire contra factum proprium*: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia:"<sup>4</sup>

### **3. El perfeccionamiento del contrato celebrado entre las partes.**

De acuerdo con los pliegos de la licitación el contrato a celebrarse sería un "contrato administrativo de suministro" (fl. 102) y como tal se denominó el contrato No.94 que firmaron las partes el 13 de septiembre de 1991 (fl. 38 c.2).

La posición del demandante acerca de que se trataba de un contrato de compraventa y que por lo tanto se perfeccionó "por el solo consentimiento" como lo dispone el art. 1500 del C.C. con la firma de las partes cuando se elevó a escrito, no tiene fundamento legal por las siguientes razones:

De acuerdo con el decreto ley 222 de 1983 los contratos se clasificaban en administrativos y de derecho privado de la administración, incluyéndose en los primeros "los de suministros" y el de compraventa hacía parte de la segunda clasificación por no estar enlistado como contrato administrativo en el art. 16 de ese estatuto.

De otra parte el art. 80 establecía:

"El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstitos y seguros.

Los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos". (se subraya).

En estas condiciones, el contrato suscrito por las partes, fuera de suministro o de compraventa, estaba sometido al régimen de la contratación administrativa tanto para su adjudicación como para la celebración y perfeccionamiento, que se traducía en que constara por escrito de acuerdo a su cuantía (art.26) y al cumplimiento de los requisitos relacionados en el artículo 25 ibídem.

Con respecto al perfeccionamiento del contrato señalaba el art. 51 del decreto ley 222 de 1983 que "los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos." (se subraya).

Quiere decir lo anterior que el contrato celebrado por la administración y regulado por el estatuto contractual que requería de garantías, se perfeccionaba con la aprobación de las mismas.<sup>5</sup>

En buena hora la ley 80 de 1993 precisó que "los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito" (art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes- (art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho.

#### **4. La garantía de seriedad de la propuesta que se hizo efectiva por la administración por el incumplimiento del adjudicatario en el perfeccionamiento del contrato.**

En el caso concreto se tiene que la entidad pública demandada hizo efectiva la póliza de seriedad de la propuesta que otorgó la compañía

Seguros del Estado S.A para garantizar la propuesta del demandante, motivada en el hecho de que el contratista no perfeccionó el contrato en el plazo de los cinco (5) días siguientes a la firma del mismo, tal como se señaló en el pliego de condiciones.

En los pliegos de condiciones se exigió la póliza de seriedad de la propuesta como un requisito para la presentación de la misma en los siguientes términos:

"3.4 Para garantizar la seriedad de la oferta y para que ésta pueda ser considerada, el proponente deberá adjuntar a la misma una póliza de seriedad equivalente al 10% del valor total de la Alternativa con mayor costo de su oferta, a favor de la SECRETARÍA DE TRANSITO Y TRANSPORTE - FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL DE BOGOTA -FONDATT-, por el término de 90 días calendario, que correrán a partir de la fecha de cierre de la presente licitación. (...)" (fl.93)

A renglón seguido se previó:

"3.5 Suscrito el contrato, el Contratista tendrá un término de cinco (5) días para la constitución de las garantías y pago de impuesto de timbre nacional y publicación en el Registro Distrital cuando el Contrato supere la suma de \$50.000.000, de lo contrario procederá a lo establecido en el artículo 237 del C.F.D. (Se subraya).

Como la Sala encuentra que necesariamente tendrá que remitirse a las normas fiscales de carácter local que regularon el proceso de selección y de contratación objeto de la controversia planteada, plasmadas en el Acuerdo No. 6 de 1985 -Código Fiscal Distrital, pese a no haber decretado de oficio dicha prueba ante la omisión del a- quo a la solicitud de la parte actora, tal como lo dispone el art. 141 del C.C.A, por tratarse de un acto regla<sup>6</sup> se valdrá del conocimiento privado que tiene de dicho estatuto.

En este orden de ideas, se tiene que el art. 237 del Código Fiscal Distrital señalaba:

"(...)

Si el adjudicatario no firmare el contrato o no lo perfeccionare dentro de los plazos que para tal fin se estipulen, la entidad contratante podrá optar entre abrir una nueva licitación o adjudicar al proponente calificado en segundo lugar; si éste tampoco firmare o perfeccionare el contrato, podrá adjudicarse al proponente calificado en tercer lugar y así sucesivamente en los mismos términos o abrirse una nueva licitación".

De acuerdo con el pliego de condiciones y el artículo transcrito, expresamente no se indicó que si el contratista no perfeccionaba el contrato, ello diera lugar a que se hiciera efectiva la póliza de seriedad de la oferta, ya que la remisión al artículo 237 del Código Fiscal Distrital, precepto de similar contenido al del art. 34 del derogado decreto ley 222 de 1983, lo que hizo fue señalarle a la administración la conducta que debía adoptar ante la no suscripción del contrato por el adjudicatario, sin señalar en ningún caso la sanción para éste.

De igual forma se desconocen las condiciones particulares de la póliza No.9248974 expedida por Seguros del Estado S.A., ya que en su carátula sólo expresa que el objeto del seguro es "garantizar la seriedad de la oferta presentada a la licitación pública No.13/91...." (fl. 37).

En el segundo de los actos acusados, esto es, la resolución 000352 de octubre 29 de 1991, por medio de la cual se confirmó la decisión de hacer efectiva tal garantía se expresa:

"(...) No existiendo, por lo tanto, la "justa causa" aducida por el recurrente para abstenerse de cumplir las obligaciones adquiridas al firmar el contrato, tendientes a su perfeccionamiento, mediante la constitución de la garantía de cumplimiento, la decisión de hacer efectiva la de seriedad de la oferta, adoptada por la Administración no solo se imponía en razón de la conducta de la sociedad "CONFECCIONES CEM LTDA", sino que es la única posible al tenor del art. 217 del Código Fiscal. (se subraya).

El art. 217 del Código Fiscal Distrital disponía la obligación del contratista de garantizar el contrato en relación con el cumplimiento, manejo y buena inversión del anticipo, estabilidad de la obra, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del personal, entre otras. Con respecto a la garantía de seriedad de la oferta señalaba:

"PARAGRAFO 1. La garantía de seriedad de la oferta o propuesta, se exigirá únicamente en los casos de licitaciones públicas y concursos públicos de méritos y tendrá como finalidad precaver la posibilidad de que el oferente o concursante, se abstenga, sin justa causa, de cumplir con las estipulaciones y/o especificaciones contenidas en la oferta o propuesta y especialmente las de suscribir y contribuir a perfeccionar el contrato objeto de la licitación o concurso. (se subraya).

De otra parte también el art. 239 del Estatuto Fiscal Distrital señalaba:

"Salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, si el adjudicatario no se allanare a cumplir con las obligaciones establecidas en el pliego de condiciones y especialmente las de suscribir y perfeccionar el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de multa, el valor del depósito o garantía constituido para responder por la seriedad de las propuestas, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía". (subrayas de la sala).

Si bien es cierto en las normas fiscales se establecían los eventos en los cuales la entidad distrital podía hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, esto es, para el caso en que el adjudicatario incumpliera con la obligación de suscribir y perfeccionar el contrato (arts. 217 y 239), lo cual era comprensible si se tiene en cuenta que en vigencia del estatuto contractual anterior el perfeccionamiento del contrato era un acto complejo: firma del contrato y cumplimiento de los requisitos del art. 51, la ley en cambio sólo preveía que esta garantía se hiciera efectiva en el caso de que el adjudicatario no suscribiera el contrato, tal como se desprende del art. 36 del decreto ley 222 de 1983:

" **De las sanciones a los proponentes que incumplan.**

Salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de multa, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. (subrayas de la sala).

El art. 5º de la ley 19 de 1982 facultó a los departamentos y municipios para "disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a los intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades" (se subraya).

En estas condiciones, las asambleas y concejos no tenían atribuciones para ampliar el ámbito de la responsabilidad contractual dentro del cual se enmarcan las sanciones a los proponentes que no perfeccionaran el correspondiente contrato. Si en gracia de discusión se sostuviera que el Código Fiscal Distrital -Acuerdo No. 6 de 1985- no se expidió con fundamento en dicha ley sino con base en las atribuciones que se otorgaron a los concejos municipales y en especial al de Bogotá por el artículo 13 del decreto ley 3133 de 1968 que es la fuente legal que se invocó al expedir el citado acuerdo, éstas lo eran según el ordinal 16 para "dictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transportes, de construcción y administración", los cuales debían por consiguiente ajustarse a la ley y tratándose del código fiscal, a la ley 19 de 1982.

De acuerdo con lo anterior, como la demandante sí suscribió el contrato, no existía fundamento legal para la expedición de los actos acusados y le asiste razón cuando afirma que hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta como una sanción por el no perfeccionamiento del mismo, no estaba contemplado en los pliegos de condiciones ni en el contrato. Y tampoco resultaban aplicables las normas fiscales porque ampliaron su cobertura a eventos no autorizados por la ley.

Al resultar violatorio el parágrafo del art. 217 del Código Fiscal Distrital (Acuerdo No. 6 de 1985) del art. 5º de la Ley 19 de 1982, deberá inaplicarse. En igual sentido tampoco era esta la sanción para el contratista que se negare a constituir las garantías del contrato. El art. 68 del decreto ley 222 de 1983 establecía que ante esta circunstancia "la entidad respectiva dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho la misma deba reconocer o pagar indemnización alguna", norma transcrita en el parágrafo segundo de la cláusula octava del contrato No. 94 que celebraron las partes, así:

**DECIMA NOVENA: GARANTIAS.** El contratista se obliga a constituir a favor del FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL DE BOGOTÁ -FONDATT- las siguientes garantías de conformidad con lo establecido en el artículo 217 del C.F.D., expedidas por compañía de seguros legalmente establecida en Colombia. A) Garantía de cumplimiento. Su cuantía será equivalente al 10% del valor del contrato. Esta garantía o seguro debe ser constituida a partir de la fecha de firma de este documento y estará vigente por el término del contrato y tres (3) meses más (...) La garantía de cumplimiento debe cubrir el valor de la cláusula penal pecuniaria y las multas que se llegaren a imponer. (...) PARAGRAFO SEGUNDO.- ...Cuando el contratista se negare a constituir las garantías exigidas o a modificarlas en los términos que le señalen, se hará acreedor a las sanciones contractuales correspondientes y el Fondatt dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho se deba reconocer o pagar indemnización alguna. (se subraya).

Encuentra la Sala importante aclarar que en vigencia de la ley 80 de 1993 la ocurrencia de una situación similar a la del caso subjúdice no tendría igual tratamiento, porque si bien es cierto dicha ley en el art. 30 ordinal 12 señala que "si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta" norma similar al art. 36 del estatuto contractual anterior, la responsabilidad del adjudicatario por no otorgar las garantías es diferente, toda vez que la misma encuadra dentro de la responsabilidad contractual, en la medida en que el contrato estatal se perfecciona con la firma de las partes en los términos del art. 41.

##### **5. La ausencia de restablecimiento del derecho del demandante.**

De entrada la Sala advierte que no habrá lugar a indemnización alguna para el demandante como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, porque ella no fue objeto de sus pretensiones.

De acuerdo con el art. 138 del c.c.a -individualización de las pretensiones- "Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda".

La acción que se invocó en la demanda fue la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el art. 85 del C.C.A pero el actor se limitó a pedir la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad demandada hizo efectiva la garantía de seriedad de la propuesta otorgada por la compañía Seguros del Estado S.A. y no hizo petición alguna con relación al derecho que debe restablecerse o al daño que espera se repare, lo cual no le mereció reparo alguno al a-quo.

Pese a que el Ministerio público en el concepto ante esta instancia llamó la atención en el equívoco de la acción que se invocó en la demanda para que se tenga la acción contractual como la adecuada, para la Sala no podía ser esta la acción indicada por cuanto el contrato no se había perfeccionado.

No obstante que en el acápite de la demanda relativo a la cuantía se expresó que estaba constituida "por el valor de la póliza de seriedad de la propuesta, es decir, \$16.500.000", la Sala no encuentra razones para entender que los perjuicios irrogados al demandante con la expedición de los actos demandados estén representados en la condena por una suma igual a la de la póliza de seriedad, toda vez que la parte actora no demostró ni la compañía de seguros tampoco probó el pago de ese valor a la entidad demandada; tampoco que ésta haya repetido contra la demandante.

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

**F A L L A**

**REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de septiembre de 1994 y en su lugar se dispone:

**Primero. INAPLICASE** el parágrafo 1º del artículo 217 del Acuerdo No. 6 de 1985 - Código Fiscal Distrital- por resultar violatorio del art. 5º de la Ley 19 de 1982.

**Segundo. DECLARASE LA NULIDAD** de las resoluciones 000292 del 25 de septiembre de 1991 y 000352 del 29 de octubre de 1991 expedidas por la directora ejecutiva del FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL -FONDATT-.

**Tercero.** En firme este proveído, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

**Publíquese en los anales del Consejo de Estado.**

**GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR**

**Presidente de Sala**

**Aclaró voto**

**RICARDO HOYOS DUQUE**

**JESUS MARIA CARRILLO B.**

**Aclaró voto**

**ALIER E. HERNANDEZ E.**

## **Aclaró voto**

### **ACLARACIONES DE VOTO**

#### **NORMAS LOCALES - Deben aducirse al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte**

Comparto la decisión que tomó la Sala pero me separo de la consideración que figura en la página 28, en estos términos: "Como la Sala encuentra que necesariamente tendrá que remitirse a las normas fiscales de carácter local que regularon el proceso de selección y de contratación objeto de la controversia planteada, plasmadas en el Acuerdo No. 6 de 1985 - Código Fiscal Distrital, pese a no haber decretado de oficio dicha prueba ante la omisión del a-quo a la solicitud de la parte actora, tal como lo dispone el Art. 141 del C.C.A., por tratarse de un acto regla se valdrá del conocimiento privado que tiene de dicho estatuto". Disiento de tal afirmación, en primer lugar, porque – tal y como está concebido el fallo-, la referida necesidad de la remisión a las normas locales no existe; bien se pudo tomar la decisión prescindiendo de ellas. En segundo lugar, porque no comparto la tesis según la cual el juez se puede valer del conocimiento privado que tenga de las normas locales, con la sola condición de que se trate de actos regla, pues, de ese modo, se estaría desconociendo la clara previsión del Art. 188 del C. De P.C., cuyo inciso primero prescribe : "El texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional... se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte". Sobre este particular enseña el profesor Devis Echandía que, "...si bien la norma jurídica nacional, escrita y emanada del órgano del Estado con facultad para ello, no es tema de prueba, en cambio la norma nacional seccional o consuetudinaria, lo mismo que la extranjera, pueden ser tema de prueba o necesitar prueba, cuando ésta es requerida por disposición de ley nacional." , y explica que el juez sólo está autorizado para aplicarla en los eventos en que no exista la exigencia legal. Como en nuestro derecho tal requerimiento legal existe, en el Art. 188 del C. de P.C., es forzoso darle aplicación, en acatamiento del Art. 230 de la C.P. Así lo ha entendido la Sala en pronunciamientos tales como el de 3 de octubre de 1.993 que cita la señora Delegada del Ministerio Público

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia del 3 de octubre de 1993, Exp. 8127, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández

Aclaración de voto del doctor Alier Hernández Enríquez

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santa Fe de Bogotá D.C., Catorce (14) de abril del dos mil (2000)

**Radicación número: 10399**

**Actor: SOCIEDAD CONFECCIONES CEM LTDA.**

### **ACLARACION DE VOTO**

Comparto la decisión que tomó la Sala pero me separo de la consideración que figura en la página 28, en estos términos:

"Como la Sala encuentra que necesariamente tendrá que remitirse a las normas fiscales de carácter local que regularon el proceso de selección y de contratación objeto de la controversia planteada, plasmadas en el Acuerdo No. 6 de 1985 - Código Fiscal Distrital, pese a no haber decretado de oficio dicha prueba ante la omisión del a-quo a la solicitud de la parte actora, tal como lo dispone el art. 141 del C.C.A., por tratarse de un acto regla<sup>o</sup> se valdrá del conocimiento privado que tiene de dicho estatuto"

Disiento de tal afirmación, en primer lugar, porque – tal y como está concebido el fallo-, la referida necesidad de la remisión a las normas locales no existe; bien se pudo tomar la decisión prescindiendo de ellas.

En segundo lugar, porque no comparto la tesis según la cual el juez se puede valer del conocimiento privado que tenga de las normas locales, con la sola condición de que se trate de actos regla, pues, de ese modo, se estaría desconociendo la clara previsión del art. 188 del C. De P.C., cuyo inciso primero prescribe : "El texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional... se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte"

Sobre este particular enseña el profesor Devis Echandía que, "...si bien la norma jurídica nacional, escrita y emanada del órgano del Estado con facultad para ello, no es tema de prueba, en cambio la norma nacional seccional o consuetudinaria, lo mismo que la extranjera, pueden ser tema de prueba o necesitar prueba, cuando ésta es requerida por disposición de ley nacional." <sup>7</sup>, y explica que el juez sólo está autorizado para aplicarla en los eventos en que no exista la exigencia legal.

Como en nuestro derecho tal requerimiento legal existe, en el art. 188 del C. de P.C., es forzoso darle aplicación, en acatamiento del art. 230 de la C.P.

Así lo ha entendido la Sala en pronunciamientos tales como el de 3 de octubre de 1.993 que cita la señora Delegada del Ministerio Público, del cual se destacan estos apartes :

"d) Por parte alguna, así fuera por simple referencia, la parte demandante invoca o se ocupa de citar las disposiciones normativas de alcance seccional o local que regulan la materia contractual y, mucho menos , aportó ni solicitó ordenar que se allegaran las disposiciones jurídicas pertinentes para cumplir la carga probatoria impuesta por el artículo 188 del C. de P. C. modificado por la reforma No. 92 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989. En otros términos dado el especial régimen jurídico a que está sometido el Distrito Especial de Bogotá le era obligatorio y no lo hizo citar la normatividad especial reguladora de la materia contractual en esta ciudad capital y sus establecimientos públicos, a la vez que allegar al proceso copias auténticas de tales disposiciones.

"e) Claro resulta que para la época de la celebración del contrato y de la expedición del acto administrativo demandado, coexistían dos regímenes de contrato estatal, a saber: El de alcance general aplicable a la Nación y demás entidades especialmente enumerados en el artículo 1º. Del Decreto 222 de 1983 y, el de carácter especial o particular que imperaba para el Distrito Especial de Bogotá y sus respectivas entidades Distritales regulado por el Acuerdo 6 de 1985. Como la controversia versa alrededor del contrato...en donde es parte contratante el Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Especial de Bogotá, lo exigido legalmente era respaldar la demanda en las disposiciones contenidas en el referido acuerdo distrital, explicando qué disposiciones en particular resultaron violadas por el acto administrativo demandado y aclarar el concepto de su violación. Ahora bien, por tratarse de normatividad de alcance o eficacia local, el actor corría con la carga de probar su existencia en debida forma. (Sentencia de octubre 3 de 1993; expediente No. 8127; Actor: Guillermo López Figueredo; Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández).

Con todo respeto,

**ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ**

**NORMAS LOCALES - Deben aducirse al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte**

No obstante haber compartido la decisión tomada en el proceso de la referencia, me permito manifestar que aclaré mi voto por las mismas razones expresadas por el señor Consejero Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez en el escrito que reposa a folios 254 a 257, razonamientos a los cuales, con el debido respeto, me adhiero.

Aclaración de voto del Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION TERCERA**

**Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santa Fe de Bogotá, D.C., 3 de febrero de dos mil

**Radicación número: 10399**

**Actor: SOCIEDAD CONFECCIONES CEM LTDA.**

No obstante haber compartido la decisión tomada en el proceso de la referencia, me permito manifestar que aclaré mi voto por las mismas razones expresadas por el señor Consejero Doctor Alier Eduardo Hernández Enriquez en el escrito que reposa a folios 254 a 257, razonamientos a los cuales, con el debido respeto, me adhiero.

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

Fecha ut supra.

### **PLIEGOS DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA - Deben tener en cuenta las normas que los regulan**

Con toda consideración me permito manifestar que si bien comparto la ponencia aprobada por la Sala, creo necesario precisar algunos aspectos de la misma, en cuanto en ella se afirma que el pliego de condiciones o términos de referencia "regula el contrato estatal en su integridad" (folio 16). Dicha interpretación deja de lado, o desconoce sin más la normatividad que sirve de fundamento para la celebración de los contratos. Que la ley confiera a las partes autonomía para contratar, no implica que las relaciones negociales que celebren queden inmunes o no puedan ser interferidas por la ley cuando quiera que se evidencie un quebrantamiento de las normas y con mayor razón si estas fuesen de naturaleza imperativa. Asimismo, aunque en la providencia se inaplicaron algunas de las normas bajo las cuales se celebró el contrato, ello no significa que tal decisión siempre deba adoptarse en casos similares, pues es indispensable que el juez administrativo, frente a cada caso en concreto examine la viabilidad o no de dicha determinación, porque de lo contrario se crearía inseguridad jurídica frente a las obligaciones que contraen las partes. En estas condiciones es claro que los contratantes deben sujetarse a las normas y procedimientos establecidos al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico, y no pactar con la expectativa de que el juez más adelante inaplique las disposiciones que sirvieron de fundamento para la celebración del contrato por adolecer de cualquier vicio de ilegalidad.

**Aclaración de voto del Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros**

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION TERCERA**

**Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santa Fe de Bogotá, D.C., abril diez (10) del dos mil (2000)

**Radicación número: 10399**

**Actor: SOCIEDAD CONFECCIONES CEM LTDA.**

ACLARACIÓN DE VOTO Dr. JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Con toda consideración me permito manifestar que si bien comparto la ponencia aprobada por la Sala, creo necesario precisar algunos aspectos de la misma, en cuanto en ella se afirma que el pliego de condiciones o términos de referencia "regula el contrato estatal en su integridad" (folio 16). Dicha interpretación deja de lado, o desconoce sin más la normatividad que sirve de fundamento para la celebración de los contratos.

Que la ley confiera a las partes autonomía para contratar, no implica que las relaciones negociales que celebren queden inmunes o no puedan ser interferidas por la ley cuando quiera que se evidencie un quebrantamiento de las normas y con mayor razón si estas fuesen de naturaleza imperativa.

Precisamente la providencia en su parte motiva a folio 31 destaca lo siguiente:

" El artículo 5 de la ley 19 de 1982 facultó a los departamentos y municipios para disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a los intereses y las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades" (Se subraya).

" En estas condiciones, las asambleas y concejos no tienen atribuciones para ampliar el ámbito de la responsabilidad contractual dentro del cual se enmarcan las sanciones a los proponentes que no perfeccionaran el correspondiente contrato. Si en gracia de discusión se sostuviera que el Código Fiscal Distrital –Acuerdo No. 6 de 1985 no se expidió con fundamento en dicha ley sino con base en las atribuciones que se otorgaron a los concejos municipales y en especial al de Bogotá por el artículo 13 del Decreto ley 3133 de 1968 que es la fuente legal que se invocó al expedir el presente acuerdo, éstas lo eran según el ordinal 16 para dictar los códigos para el Distrito en materia de policial, fiscal, de tránsito y transporte, de construcción y administración", los cuales debían por consiguiente ajustarse a la ley y tratándose del Código Fiscal a la ley 19 de 1982".

Asimismo, aunque en la providencia se inaplicaron algunas de las normas bajo las cuales se celebró el contrato, ello no significa que tal decisión siempre deba adoptarse en casos similares, pues es indispensable que el juez administrativo, frente a cada caso en concreto examine la viabilidad o no de dicha determinación, porque de lo contrario se crearía inseguridad jurídica frente a las obligaciones que contraen las partes.

En estas condiciones es claro que los contratantes deben sujetarse a las normas y procedimientos establecidos al momento de celebrar el respectivo negocio jurídico, y no pactar con la expectativa de que el juez más adelante inaplique las disposiciones que sirvieron de fundamento para la celebración del contrato por adolecer de cualquier vicio de ilegalidad.

Atentamente,

JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia 16 de enero de 1975. Exp. 1503.

<sup>2</sup> DROMI José Roberto. *La licitación Pública*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1985. Pag. 335 y s.s.

<sup>3</sup> "Si la administración indujo en error al contratista, al establecer las condiciones de la licitación, no puede invocar su culpa para imponer una ejecución más onerosa que la que de buena fe las partes han tenido intención de convenir". *Ob. Cit.* p. 226.

<sup>4</sup> *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, S.A. 1989, 2ª edición. p. 137.

<sup>5</sup> "El único significado que puede atribuirse a la clasificación de contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, consiste en que los primeros están disciplinados preponderantemente por el Derecho Público, al paso, que los segundos están regulados menos intensamente por este Ordenamiento, sin embargo unos y otros, se unifican en un régimen jurídico marcadamente *ius*

*administrativista* en aspectos de gran relevancia jurídica (la competencia, los procedimientos de selección del contratista y de formación de la voluntad y el control del gasto público); lo que los diferencia esencialmente de los contratos en el Derecho Civil." Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Santafé de Bogotá. D.C. Legis S.A. 1999. p. 56.

<sup>6</sup>Si las normas locales son reglas de derecho deben ser aplicadas por el juez y su conocimiento no debe depender de la simple actividad de las partes. Aunque oficiosamente pueda ordenar su prueba, razones de economía procesal imponen su aplicación sin que medie su decreto si el juzgador las conoce y sabe de su vigencia. Cfr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y ALFONSO GARCÍA SIERRA. *De la prueba judicial*. Medellín, Editorial Señal Editora, 1998, 3ª edición. p. 85.

<sup>7</sup> TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL. Tomo I 5ª. Ed. Pgs. 201.