

ERNESTO MATALLANA CAMACHO

*La preservación de las garantías constitucionales
en la licitación en el trámite de evaluación de las propuestas
y el control que ejerce el juez sobre la actividad contractual
de la Administración pública*

Sumario: Introducción. I. Concepto de licitación pública. II. Los pliegos de condiciones como instrumento para fijar reglas de participación en la licitación pública. III. La libre competencia económica. IV. Pretensiones contencioso administrativas. V. Pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho. VI. Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los medios de control contra actos administrativos que adjudican contratos. Conclusiones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La concepción de la licitación pública supone la garantía de unas categorías constitucionales que la irradian como son el derecho de igualdad y la libre concurrencia, y si bien se puede presentar en las licitaciones evidencia de la presencia de proponentes, con lo cual se da cumplimiento a estos principios, surge el interrogante si dichas categorías se mantienen una vez que se recepcionan las propuestas y el Estado procede a su evaluación para calificar la oferta que sea más conveniente en virtud de la aplicación del principio de selección objetiva. Se considera que en algunos casos las entidades estatales, en el proceso de evaluación de las ofertas, no privilegian principios como la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, con lo cual no mantienen el nivel de concurrencia que lograron en el anuncio de la licitación pública; o por cuanto interpretan de manera incorrecta instituciones como la subsanación de ofertas; o simplemente aplican de manera equivocada las reglas contenidas en el pliego de condiciones, vulnerando de esta manera el principio de selección objetiva según el cual se debe adjudicar a aquella oferta que se considere más conveniente para los intereses de la entidad, en donde se encuentra obligada a adjudicar la oferta que haya obtenido el primer orden de elegibilidad¹. Esta conducta desplegada por la Administración pública es

1 Presentamos tres casos en los cuales se materializó el riesgo de demanda por cuanto los proponentes, una vez que no obtuvieron el primer orden de elegibilidad, siendo que durante el proceso de evaluación habían logrado demostrar que tenían la oferta más conveniente, y finalmente al negarse su derecho a ser reconocidos como la oferta más conveniente, deciden demandar en sede judicial: en el concurso de méritos n.º USPEC CM-015-2018 adelantado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), en el informe de evaluación de las propuestas el demandante fue el único habilitado (obtuvo 55 puntos), informe que fue observado por uno de los participantes argumentando que la experiencia se debe sumar en pesos corrientes, y se acoge la observación, con lo cual rechaza la oferta por faltar completar el valor mínimo exigido en los pliegos de condiciones. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras

rechazada por los proponentes quienes ante la fallas administrativas frente a la evaluación de sus propuestas deciden demandar a la Administración pública, y al consultar la jurisprudencia reciente efectivamente encontramos que hay un número importante de decisiones en torno a la adjudicación del contrato en donde por ausencia de la aplicación de los principios enunciados se terminaron rechazando ofertas de las cuales en sede judicial se demostró que sí cumplían con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y debían ser habilitadas para competir con las demás propuestas participantes.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, las entidades estatales como árbitros de la competencia deben conservar de manera objetiva el mayor número de proponentes o en su defecto la totalidad de los proponentes que presentaron ofrecimiento para aplicar de forma plena el principio de selección objetiva (artículo 5.º Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5.º Ley 1882 de 2018), de tal modo que pueda escoger entre ellos la oferta más favorable, salvo que, en el trascurso del evaluación de las propuestas, definitivamente el o los oferentes deban ser rechazados por cuanto vulneran el principio según el cual las propuestas deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y no sea posible subsanar dichas ofertas por tratarse de documentos comparativos de ofertas, o los oferentes no pudieron aclarar o explicar sus propuestas cuando fueron requeridos por la entidad estatal.

Por lo tanto, cuando las entidades estatales reducen la competencia apartándose del principio de legalidad, defraudan el ordenamiento y específicamente el derecho de igualdad (art. 13 C. P.) y la libre competencia económica (art. 333 C. P.), por cuanto rechazan ofrecimientos que cumplen con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, y así eventualmente algunas de las propuestas no cumplan la totalidad de los requisitos establecidos, el ordenamiento jurídico conmina a que no se rechacen estos ofrecimientos cuando se trate de documentos no comparativos de propues-

Despojadas adelantó la licitación pública n.º LP-URT-03-2018. Se rechaza la propuesta porque uno de los proponentes observa la oferta del demandante y señala que la experiencia para el director del proyecto no era veraz, se dejan sin evaluar otras certificaciones y otra hoja de vida allegada en la respuesta. Concurso de méritos n.º FTIC-CM-11-17 ordenado por la Secretaría General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Al demandante se le rechaza la propuesta por cuanto no allegó la matrícula profesional; la entidad desconoció toda la experiencia adquirida antes de que surgiera la obligación de obtener esta matrícula y no consideró cuál es el efecto jurídico de ese documento oficial.

tas, o eventualmente realizan interpretaciones que surgen de los pliegos de condiciones no a favor de la concurrencia, sino del rechazo de la propuesta, generando riesgo de demanda en contra de la propia Administración.

Por lo tanto pretendemos demostrar que la libre competencia económica es un derecho constitucional de carácter económico que en conexidad con el derecho a la igualdad interviene en la licitación pública para adjudicar contratos estatales, y en el proceso de evaluación de propuestas la Administración pública está obligada a tomar todas las medidas necesarias para la habilitación de las propuestas que se presentaron en el momento del cierre de la licitación pública aplicando para ello principios como la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal; y ello incluye una interpretación de la entidad estatal que facilite su ejercicio y la aplicación del principio de subsanación cuando las propuestas no cumplan con todos los requisitos, siempre que sean documentos no comparativos de ofertas por tratarse de requisitos habilitantes tales como la experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización. Cuando la Administración no actúa bajo estos parámetros genera la demanda del acto administrativo de adjudicación y la correspondiente reparación de perjuicios si el demandante logra demostrar que posee la oferta más conveniente.

Abordaremos la investigación desde el tratamiento doctrinal de la licitación pública para afianzar las categorías constitucionales que la gobiernan, luego pasaremos a exponer la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, acto administrativo general con el cual se adelanta la licitación pública, y revisar su contenido legal. Proponemos incorporar el concepto de interés general como la razón que motiva a tomar la decisión de tener el mayor número de proponentes para seleccionar entre ellos la oferta más favorable. Una vez desarrollados los anteriores puntos, al entender la licitación pública que se debe dar cumplimiento a la libertad de competencia (denominándola como concurrencia, pluralidad, etc.), nos corresponde desarrollar el concepto de la libre competencia económica, y su conexidad con el derecho a la igualdad. Finalmente abordaremos las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho en concurso con la pretensión de controversias contractuales que en el Estado social de derecho supone el sistema de control entre poderes, en donde el ciudadano cuando no se encuentra conforme con una decisión administrativa puede solicitar su revisión en sede judicial, con su correspondiente análisis jurisprudencial de fallos recientes frente a demandas contra actos administrativos de adjudicación y la posición del control judicial frente

a las decisiones tomadas por la Administración en el momento de adjudicar. Lo esperado es que la Administración pública tome decisiones amparadas en el principio de legalidad, pero si el particular no está conforme puede optar por demandar en sede judicial los actos administrativos que considera vulneran sus derechos y en este caso pretender que se le repare el daño por los perjuicios ocasionados con dicha decisión.

I. CONCEPTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

En primer lugar, debemos abordar el concepto de licitación pública en razón a que es el medio propuesto por el legislador como regla general para seleccionar al contratista², con base en el cual, agotado el procedimiento en sus distintas fases de publicidad, reglas de participación y decisión de adjudicación, se le permite a la entidad estatal escoger la oferta más favorable. En primer término, de conformidad con el artículo 1.º de la Constitución Política, Colombia es un *Estado social de derecho*, con lo cual se consagra la prevalencia del interés general, que, en concordancia con el artículo 209 *ibidem*, supone el ejercicio de la función administrativa que se encuentra al servicio de interés general. *En la ley de contratación administrativa podemos ver una referencia al interés general en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, en el cual los servidores públicos se encuentran obligados al celebrar contratos y, en la ejecución de estos, a garantizar el cumplimiento de los fines estatales.* Las reglas que deben cumplir las entidades estatales para adjudicar contratos y actuar en la vigilancia de estos y eventualmente proceder a su liquidación se encuentran en las leyes 80, 1150, 1474, 1502 y finalmente 1882. La licitación pública es definida por la ley³ como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en *igualdad* de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable, y que se constituye como la regla general para dicha selección de contratistas.

2 Artículo 2.º De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

3 Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Para Parejo⁴, la licitación pública es una actuación que contiene unas formas relacionadas con el procedimiento y que tienen por propósito que una entidad del sector público seleccione la empresa que ha de ejecutar el contrato, dentro de una concurrencia de estas a la convocatoria siempre que reúnan las condiciones de capacidad y solvencia relacionadas con el tipo de contrato a celebrar. Agrega que la licitación está irradiada por principios tales como la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y la transparencia, igualmente la promoción de la no discriminación, la garantía de la igualdad entre los participantes, así como la libre competencia, y concluye con la selección de la oferta que sea más ventajosa económicamente. Define que la licitación consiste en la selección de participantes en un mercado para escoger entre ellos la mejor oferta⁵⁻⁶.

-
- 4 LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Manuales. Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 513 a 514.
- 5 Señala Escobar que debe entenderse la licitación pública como un procedimiento por medio del cual la Administración invita públicamente a todas aquellas personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un contrato, permitiendo la presentación de ofertas en igualdad de condiciones, siempre que los oferentes cumplan las condiciones exigidas en los pliegos de condiciones y de esta manera la Administración seleccione la oferta más favorable para sus intereses (par. art. 30 Ley 80 de 1993). RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Legis, 1999, pp. 151 y 152.
- 6 En los mismos términos nos define este autor la licitación pública como el procedimiento de selección del contratista, donde el número de proponentes o licitantes no tiene limitaciones, por cuanto, como está previsto el procedimiento, pueden concurrir a esta todas aquellas personas estén en condiciones de presentar oferta. MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 181. Por su parte, Dromi define así la licitación pública: “[...] el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente”. JOSÉ ROBERTO DROMI, *Licitación pública*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 92. Dromi en su última edición señala que la licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen ofertas entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente. La licitación no es un contrato y su objeto es la elección del contratista, entre aquellas ofertas, de la que sea la más conveniente. La licitación pública como procedimiento administrativo especial es regido por el derecho administrativo y esa es su naturaleza jurídica, y debe respetarse el principio de legalidad: se trata de una condición esencial para su existencia, donde impera el principio de reserva legal, sujeción de las normas aplicables al caso en concreto y precisión de los poderes que la norma le confiere a la Administración. Por lo tanto, agrega que toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas (constitucionales, legales o administrativas), en una jerarquía normativa y en la preservación de la igualdad jurídica en donde la Administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente

derechos a otros. La legalidad, continúa el autor, también se encuentra afectada por el principio de razonabilidad y que consiste en que todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen. Luego Dromi nos menciona que la licitación pública se guía por principios esenciales como la libre concurrencia y la igualdad entre oferentes, la publicidad y la transparencia que hacen efectiva la colaboración de los particulares con la Administración. Entre los principios que menciona se encuentra la razonabilidad, que consiste en que la satisfacción del interés general no puede permitir legitimar proceder ilógicos, abusivos o arbitrarios, y, en esos términos, el proyecto debe ser justificado de modo coherente con los fines que motivan la contratación sin depender de criterios subjetivos de la autoridad que tiene a su cargo la selección del contratista, y con base en este principio se otorga seguridad a la contratación dentro de los límites de la proporcionalidad. Otro principio es el de concurrencia en donde se asegura la competencia y la competitividad y se define como la libre posibilidad de participar en la selección del contratista sin coacción, tanto en lo referido al ingreso, por la propia iniciativa, a la licitación como durante el desenvolvimiento del proceso (que es lo que nos proponemos demostrar en la presente investigación); y eso supone una prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento, y resultaría inadmisibles la inclusión en los pliegos de bases y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación, pero se deja a salvo que el interés general impone ciertas limitaciones respecto de la capacidad de los concurrentes, siempre que sea razonable (cumplimiento, capacidad, inhabilidades, condenas penales, capacidad técnica, etc.), sin que implique selección artificiosa de oferentes. El autor nos trae otro principio que se encuentra en la Constitución argentina, y es el principio de competencia y supone la defensa contra cualquier distorsión del mercado siempre en función del bien común, y le permite a la Administración, como lo sostiene el tribunal argentino, señalar que el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y tiende a evitar la existencia de sobreprecios. Finalmente el autor nos menciona el principio de igualdad donde los interesados en contratar con el Estado no solo deben tener la libertad de participar en el procedimiento, sino que deben acceder en condiciones de igualdad. Este principio rige desde el llamado a licitación hasta la adjudicación, y en desarrollo de este principio el ente licitante no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros, y está obligado a garantizar la participación igualitaria de los interesados, pues lo contrario genera una decisión ilegítima por afectar la imparcialidad; para el autor es fundamental que los oferentes que concurren a la licitación pública tengan igualdad de oportunidades en la adjudicación del objeto del futuro contrato, por lo que la igualdad exige que todos los licitadores se encuentren en la misma situación sobre bases idénticas. Supone que el trato igualitario es el derecho a favor de los oferentes, por ejemplo el respeto del plazo del procedimiento y, si es necesario, la modificación de dicho plazo y que sea igual para todos; inalterabilidad del pliego de condiciones en lo esencial, respecto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de sobre; indicación de las deficiencias formales subsanables, evitando su rechazo. Para efectos de lo anterior los pliegos de condiciones deben ser imparciales y no contener reglas subjetivas. ROBERTO DROMI, *Licitación pública*, 5.^a ed., Hispania Libros, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, México, 2017, pp. 90 a 98, 119 a 121, 123 a 124, 126 a 127 y 132 a 135.

Consultando a Benavides⁷, señala que con la celebración de contratos públicos se busca la protección del interés general⁸ y el respeto al derecho de igualdad de quienes aspiran a contratar con el Estado; en esos términos, la selección de la oferta pretende el cumplimiento del contrato en términos éticos, como consecuencia de los principios contenidos en el artículo 29 de la Ley 80 (hoy artículo 5.º Ley 1150). Para este autor⁹ son consustanciales a la licitación los conceptos de procedimiento administrativo (porque le sirve a la Administración pública para escoger a sus contratantes), forma contractual, pliego de condiciones (que son normas de observancia para las entidades públicas y los proponentes durante el procedimiento licitatorio y aseguran el logro de los fines de la institución), convocatoria pública, *libertad de concurrencia*^{10–11}, e *igualdad de los proponentes*¹² (que son el fundamento de

7 JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 286 y 287.

8 Durão define la licitación pública como la elección de la propuesta más ventajosa en beneficio público frente a la posibilidad de una disputa, y se presenta como un instrumento de seguridad de intereses colectivos y como contribución para un objetivo común y agrega que la Administración pública está sometida al interés general (tal como lo plantea Benavides) y obligada a licitar para lograr una contienda justa e igualitaria, por cuanto solo se le permite hacer lo que la ley autoriza ya sea en forma reglada o discrecional, con lo cual confirma nuestra apreciación, según la cual la Administración pública, al garantizar la libre concurrencia y el derecho a la igualdad mediante la licitación pública, permite desarrollar el concepto de interés general, que para nosotros se traduce en la selección de la oferta más conveniente. PEDRO DURÃO, *Licitación pública. Parámetro y supranacionalidad*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 21 a 24.

9 Para Benavides, la selección objetiva exige el respeto de la concurrencia. En aplicación del artículo 24 de la Ley 80 (hoy derogado y reemplazado por el numeral 1.º del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007) se establece la regla general de la licitación, salvo los casos excepcionales establecidos en el mismo artículo, y no solo privilegió la concurrencia previa, sino que instauró el deber de transparencia durante las etapas del proceso de selección. Ob. cit., pp. 289 a 291.

10 En igual sentido, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *La configuración del contrato de la Administración pública en el derecho colombiano y el español. Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 448.

11 Frente a la libertad de concurrencia ya en concreto, para Escobar se trata de la garantía de participación, en la cual todas las personas tengan real posibilidad de ofrecer bienes (que aseguren la capacidad civil, ausencia de inhabilidades y las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras para el cumplimiento del contrato), servicios o la ejecución de obras por parte de la Administración, y se trata de la manifestación jurídica del principio de igualdad del artículo 13 constitucional, en que los ciudadanos tienen derecho al acceso de oportunidades promoviendo la participación del mayor número de oferentes para seleccionar al que sea más favorable para el interés general, luego de la comparación objetiva aplicando los criterios de escogencia. ESCOBAR, ob. cit., pp. 154 a 157.

12 La licitación pública está regida por tres principios esenciales o fundamentales: la “oposición” o “concurrencia” entre los proponentes u oferentes; la publicidad del acto y la igualdad entre los

la licitación e inspiran su regulación jurídica como principios generales del derecho). Y en estos términos agrega: “El fin de la licitación es la selección del contratista que presente la propuesta más favorable, con base exclusivamente en los criterios de evaluación y en la ponderación de los mismos contenida en los pliegos de condiciones, lo que confiere un carácter reglado y automático a la adjudicación o a la declaratoria de desierta de la convocatoria”; y con base en lo anterior se seleccione la oferta más conveniente. Cualquier transgresión de estos principios vicia la adjudicación del contrato¹³. Para algunos autores, la publicidad es presupuesto de la concurrencia¹⁴. La vulneración del principio de concurrencia tanto en la etapa de la convocatoria como en la selección del proponente genera la nulidad de la licitación por restricción esta o de la participación.

Desarrollando el concepto de *igualdad* entre licitantes, se trata de hallar al proponente que ofrezca las condiciones más ventajosas, cualquiera el número que sea¹⁵, para lo cual se requiere la pluralidad de oferentes en donde a través de la puja se logren cotizaciones más bajas, siempre teniendo presente que esta concurrencia no es absoluta por cuanto se requieren unas mínimas condiciones para que la Administración no contrate con riesgos¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸.

proponentes u oferentes; cuya inobservancia vicia a la licitación jurídicamente, y en esto difiere de Escobar quien considera que la publicidad está incita en la libertad de concurrencia. MARIENHOFF, ob. cit., p. 200.

- 13 Para este autor: “La licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual una persona jurídica estatal, que pretende construir una obra, realizar un servicio, enajenar, adquirir o alquilar unos bienes, bajo condiciones previamente señaladas o estipuladas por ella, convoca a los interesados a la presentación de ofertas a fin de seleccionar la más conveniente, en función de normas anteriormente establecidas y divulgadas”. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La contratación administrativa en Colombia. Doctrina y jurisprudencia*, Librerías Jurídicas Wilches, Bogotá, 1990, p. 260.
- 14 Para este autor el principio de concurrencia está asociado al principio de publicidad en donde la Administración se encuentra en obligación de poner la licitación en conocimiento de los futuros licitantes. MARIENHOFF, ob. cit., pp. 202 y 203.
- 15 Así lo expresa este autor cuando afirma que la licitación busca dos objetivos claros: 1) proporcionar a las entidades estatales la posibilidad de realizar una contratación más ventajosa; 2) la posibilidad para los administrados de competir entre sí por la participación de los negocios del Estado. GONZÁLEZ, ob. cit., p. 260.
- 16 En esos términos, para este autor la mejor oferta corresponde no solamente al menor precio sino a la garantía de la calidad y economía. DURÃO, ob. cit., pp. 27 a 29.
- 17 Sobre las condiciones económicas, este autor también lo plantea cuando establece que la licitación tiene su razón de ser (*ratio juris*) –en relación con el Estado– en que por medio de este procedimiento la Administración pública se garantiza la posibilidad de obtener unas mejores condiciones económicas (por cuanto la puja entre los proponentes para obtener la licitación puede permitir

En cuanto al principio de igualdad, para Benavides¹⁹, en referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰, consiste en la preservación de la transparencia en donde los participantes sean tratados de manera imparcial respetando la igualdad de oportunidades, sin ningún tipo de discriminación, sin desconocer acciones positivas relacionadas con cooperativas o la comparación de licitantes nacionales frente a los extranjeros²¹⁻²². Adicionalmente, este autor²³ considera que la licitación²⁴ debe representar la moralidad en la compra de productos (obras, servicios y bienes) para la Administración pública, y está concebida para impedir obstáculos y promover la adquisición igualitaria y honesta de las necesidades colectivas.

unos ofrecimientos económicos más favorables para la entidad estatal) y por otra parte (al establecer unas reglas claras, objetivas en los pliegos de condiciones, base del futuro contrato) se garantiza conseguir un contrato que cumpla con las finalidades para las cuales fue concebido, si no en su totalidad, por lo menos en porcentaje cercano; en relación con los particulares, la garantía de mantener la igualdad entre los participantes en relación con la Administración, evitando tratos preferenciales o favoritismos. MARIENHOFF, ob. cit., pp. 184 y 185.

18 SEBASTIÁN BARRETO, “Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia”, *Revista Digital*, n.º 15, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia (enero - junio 2016). Reseña bibliográfica. Para este autor la promoción de la competencia es una forma de garantizar que la entidad pública obtenga los bienes, adquiera servicios o contrate la construcción que requiere con las mejores condiciones posibles que otorga el mercado y sobre todo como un instrumento para obtener el mejor valor en las compras pública. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Publica Procurement and the Eu Competition Rules*, *Competition Lay*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford y Portland, 2015, pp. 101 y 102.

19 BENAVIDES, ob. cit., pp. 291 y 292.

20 El autor refiere a las sentencias T-147 de 17 de abril de 1996 y C-086 del 10 de marzo de 1995.

21 Según este autor, el primer postulado que persigue la ley tiene que ver con la selección del oferente más conveniente, en que de la pluralidad de empresarios se escogerá al mejor, y el segundo tiene que ver con la igualdad ante los beneficios públicos, la garantía de trato de quienes participan en el procedimiento de selección sin discriminación. En otras palabras, se trata de un procedimiento administrativo público para escoger la oferta más ventajosa en una convocatoria pública en donde los licitantes se someten a una reglas de participación contenidas en unos pliegos de condiciones, con base en los cuales estos formulen una oferta y se selecciona la más conveniente en la correspondiente adjudicación. Para Escobar, todos los participantes deben estar en posición de igualdad, sin ningún tipo de privilegio, con la exclusión de cualquier medida que genere monopolio o criterios subjetivos para evaluar ofertas, y ello se logra fijando en los pliegos de condiciones reglas generales e impersonales, excluyendo cualquier motivación de afecto o interés y manteniendo dichas reglas durante todo el plazo de la licitación para obtener así la oferta más conveniente. ESCOBAR, ob. cit., pp. 145 a 162.

22 En el mismo sentido, se sostiene que la finalidad de la licitación pública es escoger la persona que ofrece las condiciones más ventajosas. EXPÓSITO VÉLEZ, ob. cit., pp. 425 a 428, 443 y 444.

23 DURÃO, ob. cit., p. 153.

24 DURÃO, ob. cit., p. 194.

Agrega Expósito²⁵ que no está permitido a la Administración actuar de manera preferente frente a uno u otro participante, aplicando el principio de imparcialidad, condición que se debe preservar hasta la adjudicación y formalización del contrato, con el ánimo de una verdadera competencia. En otras palabras, se trata de garantizar a todos los empresarios el derecho de adjudicación seleccionando la mejor proposición, promoviendo la más amplia concurrencia de ofertas, donde se trata, por parte de la Administración, de actuar bajo la regla de la no discriminación, para que el derecho de igualdad sea real y efectivo, y así la entidad pueda escoger la oferta más conveniente.

Con el mismo criterio, Benjamín Herrera²⁶ sostiene que el principio de *transparencia* se presenta en la etapa precontractual y tiene como propósito garantizar *la igualdad de oportunidades* que se les deben otorgar a quienes participan en la selección del contratista y en la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la entidad, cuya violación genera la nulidad absoluta del contrato. Igualmente²⁷ sostiene que la licitación tiene como propósito permitir la libre concurrencia que garantiza la igualdad de oportunidad de participar, previas adecuada publicidad, igualdad y procedimiento reglado para escoger el proponente más idóneo, y señala que su violación genera la nulidad del contrato.

De acuerdo con el pensamiento de la doctrina nacional y extranjera, el derecho de igualdad y la libre concurrencia son principios constitucionales que irradian la licitación pública, y como bien lo reafirma este doctrinante²⁸ al evento licitatorio se aplican principios democráticos y contenidos de la supranacionalidad, sin olvidar la obediencia a los derechos fundamentales para reducir la corrupción y mejorar la transparencia y la flexibilidad en la prestación de los servicios. Por ello plantea²⁹ que la licitación pública es sinónimo de competencia para seleccionar la oferta más ventajosa, presupone la multiplicidad de ofertas, por lo que se requiere un mínimo de participantes para garantizar la competencia y así se pueda obtener el precio más

25 EXPÓSITO, ob. cit., pp. 447, 448 y 545 a 548.

26 BENJAMÍN HERRERA BARBOSA, *Régimen de contratación estatal. Principios de la contratación estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 39.

27 BENJAMÍN HERRERA BARBOSA, *Contratos públicos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 189 a 191.

28 DURÃO, ob. cit., p. 22.

29 DURÃO, ob. cit., pp. 27 y 31.

bajo. Concluye³⁰ que un verdadero principio democrático es la igualdad entre todos los competidores; se trata de aquella que impide el favoritismo, y para ello la Administración pública debe establecer criterios objetivos con el fin de evitar la discriminación, otorgando transparencia a la licitación y así elegir, como ya lo ha expresado, la mejor propuesta.

Por lo tanto, el principio de legalidad, la libre concurrencia y el derecho de igualdad son orientadores de la licitación pública, en donde la doctrina nacional y la extranjera coinciden; creemos que no solamente se deben preservar en la presentación de ofertas, sino se deben mantener durante todo el trámite de evaluación de las propuestas, pues solo habría autorización legal para rechazar un ofrecimiento cuando la propuesta deje de cumplir con todos y cada uno de los requisitos, pero donde previamente la entidad estatal, otorgando las garantías correspondientes, le conceda al particular integrar su propuesta en caso de la ausencia de algún requisito no exigible para la comparación de las propuestas y que pueda ser subsanable y así se haga prevalecer lo sustancial sobre lo formal.

A continuación se revisará la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones y su carácter vinculante tanto para la Administración pública como para los particulares; estos últimos promoverán la conservación del derecho de igualdad de trato frente a las reglas que los regulan, por cuanto de su entendimiento es que finalmente deciden presentar un ofrecimiento.

II. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES COMO INSTRUMENTO PARA FIJAR LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

Establecido que la licitación pública es el procedimiento por regla general para seleccionar a los contratistas y que este debe garantizar principios como la igualdad y la concurrencia, se requiere ahora desarrollar todo lo relacionado con los pliegos de condiciones con el fin de determinar su naturaleza jurídica y cuáles son las características que lo identifican para saber cómo por medio de este acto se pueden vulnerar o no los principios enunciados en el capítulo anterior. En esos términos, para adelantar la licitación pública las entidades estatales deben elaborar los llamados pliegos de condiciones,

³⁰ DURÃO, ob. cit., pp. 160 y 161.

respecto de los cuales la Ley 80 señala que se deben garantizar reglas objetivas, justas, claras y completas³¹, en concordancia con el artículo 5.º de la Ley 1882^[32], que reguló los requisitos mínimos habilitantes relacionados con la experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización y no otorgan puntaje, pero advirtió el legislador que deberían ser adecuados y proporcionales con la naturaleza del contrato y su valor³³.

Para el profesor González³⁴, la jurisprudencia del Consejo de Estado construyó el concepto de la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, al no existir una definición legal, y en esos términos concluye que el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, como una manifestación unilateral de la Administración que contiene cómo garantizar el servicio público pero también las reglas de participación dirigidas a los interesados para que en atención a los principios que rigen la licitación pública de libertad de concurrencia e igualdad se incentiven a presentar ofertas y así en aplicación del principio de selección objetiva la Administración seleccione la oferta más conveniente. Y aclara³⁵ que a pesar de tratarse de un acto administrativo de carácter general no se puede calificar como un reglamento porque no tiene vocación de permanencia en razón a que las reglas de participación desaparecen en el momento de adjudicar el contrato, y aquí muta al futuro contrato estatal. Concluye³⁶ que es posible calificar este acto administrativo de carácter general como un acto previo susceptible de control mediante acciones jurisdiccionales. Como el pliego de condiciones muta al futuro contrato estatal, su contenido prevalece sobre la minuta del contrato³⁷. Para

31 Numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

32 Que modificó el principio original de selección objetiva previsto en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007.

33 El Decreto 1082 de 2015 estableció en el artículo 2.2.1.1.1.6.2 que para la determinación de los requisitos habilitantes los pliegos de condiciones deben cumplir parámetros sobre el riesgo del proceso de contratación, la determinación del valor del contrato, un análisis del sector económico y un conocimiento de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

34 ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie 10 Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 43 a 45.

35 *Ibidem*, p. 46.

36 *Ibidem*, pp. 48 a 50.

37 El Consejo de Estado reitera jurisprudencia anterior que ha determinado conceptualmente cuál es la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones; aclara en primer lugar que por ley deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas y donde se precisan las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art.

Sayanes³⁸, los pliegos de condiciones contienen los elementos para el suministro, la obra o servicio que se pretende contratar, pero adicionalmente las reglas del procedimiento de licitación dentro de un marco unilateral definido exclusivamente por la Administración pública. Se considera que el pliego de condiciones es un acto general que debe garantizar la igualdad entre los licitantes, y no puede establecerse ningún tipo de discriminación³⁹.

24 num. 5 en armonía con los arts. 25 num. 3 y ss.; 26 nums. 1 y 3, 29 y 30 num. 2, entre otros, de la Ley 80/93). Por otra parte, ya en la construcción jurisprudencial se señala que el pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predispuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la Administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en este con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de libertad de concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción, entre otros, y las reglas jurídicas de la contratación pública, de conformidad con la Constitución Política y la ley. Agrega la jurisprudencia que se trata de un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. Por ello el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrar con ocasión de él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la Administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes (Sentencia del 30 de enero del 2013, expediente 21492). Consejo de Estado. Sentencia de marzo 1.º de 2018, expediente 38711.

- 38 ENRIQUE SAYANES LASO, *La licitación pública*, Editorial Julio César Faria, Buenos Aires, 2005, pp. 99 a 116.
- 39 Para la doctrina extranjera los pliegos de condiciones deben contener reglas claras y objetivas para los oferentes que darán justicia y ecuanimidad al certamen, y los define como un conjunto de disposiciones reglamentarias destinadas a dar un formato al futuro contrato administrativo a ser concretado con el vencedor de la disputa, en donde los criterios deben ser objetivos, claros y específicos, “sin impedimentos o arbitrariedades que puedan perjudicar a eventuales concursantes”, y “esa base de condiciones permite que los interesados participen en forma igualitaria y competitiva, lo cual significa que habrá verdadera competencia, que la disputa será emprendida por medios lícitos y que el vencedor presentará su producto o servicio de manera que el administrador tenga la convicción de que podrá confiar en el oferente que contratará, dadas la transparencia y detalle de las especificidades del objeto contratado. Los pliegos de condiciones son actos administrativos unilaterales elaborados exclusivamente por la Administración pública donde se regulan los requisitos que deben cumplir los proponentes para participar en la licitación, condiciones técnicas, jurídicas y económicas. Dentro de los principios que deben respetar los pliegos de condiciones se encuentra el principio de igualdad que permite a los participantes que tengan reglas sin discriminación ni favoritismos y así permite una sana competencia. En

Visto lo anterior, encontramos que la licitación pública está irradiada por las categorías constitucionales de igualdad y libre concurrencia y estas se desarrollan por medio de la regulación de uno de los contenidos del pliego de condiciones como son las reglas de participación. Con el contenido de los pliegos de condiciones que regulan los requisitos que deben cumplir los interesados se considera que es una competencia propia de la entidad estatal y que tiene por vocación cumplir cometidos de interés general; una vez publicados, los pliegos de condiciones vinculan a las partes de tal manera que los proponentes se encuentran obligados a presentar la oferta técnica y económica cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; y a su vez la Administración pública se encuentra obligada a evaluar las propuestas con base en sus propias reglas; por lo tanto, pasaremos a determinar cuál sería el derecho de los interesados a presentar oferta, qué naturaleza jurídica tiene y su impacto en las categorías que gobiernan la licitación pública.

III. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Si las categorías constitucionales se preservan en la licitación pública al elaborar pliegos de condiciones y en esos términos las entidades estatales logran garantizar un nivel adecuado de participación, surge una situación respecto de los derechos de participación de los proponentes, y es que en la evaluación de las ofertas no se conserve el mismo nivel de participación derivado del rechazo de los ofrecimientos hechos por parte de la entidad estatal, ya sea porque no se aplican principios como la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; no rechazar propuestas cuando se trate de documentos no comparativos de ofertas aplicando técnicas de subsanación de propuestas; o interpretando los pliegos de condiciones según reglas vagas e imprecisas en contra de los proponentes. Por lo tanto, para ello proponemos que se haga un estudio sobre la naturaleza jurídica de los derechos de los proponentes en el momento de formular su oferta y que tienen que ver con el ejercicio del derecho constitucional a la libre competencia económica, por cuanto un rechazo irregular termina afectando los derechos de aquel que presentó la mejor propuesta y tenía vocación de ser el primero en orden de elegibilidad

esos términos está prohibido el direccionamiento para favorecer a un licitante". PEDRO DURÃO, *Licitación pública*, pp. 41 a 44 y 158 a 168.

y por criterios meramente formales su oferta terminó en otro lugar o en el peor de los casos rechazada.

Las conductas descritas en esta introducción terminan vulnerando el derecho constitucional de la libre competencia económica y ello obliga a presentar el concepto de dicho derecho, el cual se encuentra consagrado en la Constitución Política en el artículo 333^[40]. Para Magdalena Correa⁴¹, la libre competencia económica es un derecho que se encuentra regulado en el aparte de la Constitución sobre Hacienda Pública y no se encuentra consagrado en el catálogo de derechos constitucionales, pero que no ha impedido que en algunas ocasiones la Corte Constitucional lo haya protegido mediante la acción de tutela⁴². Se trata de un derecho de libertad y está sujeto a las limitaciones constitucionales y su titular puede ejercer este derecho en cuanto a la iniciativa y al derecho de participar en un mercado⁴³. La otra limitación se refiere a la libre iniciativa privada y a la limitación a su ejercicio, que estarían sujetas al bien común⁴⁴. Se agrega que es al legislador

40 Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

41 MAGDALENA CORREA HENAO, *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 57, 71 a 98.

42 En este mismo sentido, este autor cuando habla de un nuevo derecho. IGNACIO GARCÍA VITORIA, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 11.

43 Para García Alcorta, la libertad de competir es el esfuerzo de dos o más participantes en un mercado que les permita lograr un beneficio o un éxito económico. La competencia entonces supone en primer lugar el comportamiento de varias empresas que compiten en un mercado por la obtención de contratos, y ello hace posible la mejora de productos y servicios; y por otro lado permite regular las relaciones entre compradores y vendedores. JOSÉ GARCÍA ALCORTA, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, Barcelona, 2008, pp. 63 a 74.

44 Este autor cuando menciona los límites de la libre competencia aclara que los derechos de libertad son derechos de defensa o reaccionales, es decir, se trata de la esfera jurídica privada de la libertad que está protegida por un derecho, que se ve limitada por una autoridad. Así que, para el autor, la única limitación válida es aquella que tiene por sentido el de proteger los bienes jurídicos que

a quien le compete establecer los límites de la libertad económica, con lo cual el ejercicio de la libertad está supeditado al principio de legalidad⁴⁵⁻⁴⁶.

Continúa la autora consultada⁴⁷ afirmando que respecto a los derechos patrimoniales le corresponde al legislador fijar los límites y por eso el principio de legalidad caracteriza el contenido normativo del derecho. De acuerdo con lo anterior, la consagración del Estado Social de derecho supone un Estado interventor (sentencias C-074 de 1993 y C-263 de 2011), donde el modelo económico que se impuso fue el de una economía social de mercado que tiene una doble dimensión, y le corresponde al Estado intervenir la economía con propósitos de interés general y promover el desarrollo

se encuentran en conflicto. Al describir de dónde provienen las limitaciones, estas se pueden producir por leyes, por actos administrativos y por sentencias del aparato judicial. Aclara entonces que las limitaciones deben provenir del poder legislativo de todos modos o autorizadas por este mediante la delegación. Para el autor, un derecho que surge del ejercicio de la libre competencia es el derecho a la igualdad de trato y que limita a las autoridades a respetarlos bajo las subreglas del derecho a la igualdad como son que bajo dos supuestos de hechos iguales deben ser tratados con las mismas consecuencias jurídicas, de tal manera que un trato diferente debe estar plenamente justificado. GARCÍA ALCORTA, ob. cit., pp. 87 a 112.

45 Para este autor, un límite a la iniciativa privada está en el bien común, por lo tanto la libre competencia es un derecho. Agrega que la posición jurídica de la Corte Constitucional es que hay un equilibrio entre libertad económica y el interés general (Sentencia C-624 de 1998). Respecto del contenido del derecho, indica que de la libertad económica hace parte la libre competencia (Sentencia C-616 de 2001), y con respecto de su naturaleza jurídica por mandato del artículo 333 de la Constitución nos dice que es un típico derecho de libertad negativa dirigido a garantizar una actividad individual, en este caso de carácter económico, que debe ser libre de intromisiones estatales y de terceros en su ejercicio; aclara así mismo lo relativo a las competencias del legislador que tiene amplia configuración normativa al tener como límite el bien común, cuyas facultades podrían ser menores en caso que este derecho se considerara no fundamental. Con respecto a si se trata o no de un derecho fundamental, en primer lugar se encuentra en el capítulo de Hacienda Económica de la Constitución, por lo tanto no se trata formalmente de un derecho fundamental, aunque la posición de la Corte Constitucional no ha sido constante para considerarlo como un derecho fundamental, y ello se ve en la Sentencia C-265 de 1994 cuando sostuvo que la Constitución le concede más valor a los derechos y libertades de las personas que a los derechos de orden patrimonial donde el Congreso tiene más capacidad de limitación. En otras sentencias ha sido más puntual (SU-157 de 1999), donde se ha negado el carácter de fundamental, y en otros casos prospera la tutela cuando esta libertad está en conexión con otros derechos (T-475 de 1992, T-291 de 1994 y SU-182 de 1998). ALEXEI JULIO ESTRADA, “La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Letras Jurídicas*, vol. 9, n.º 2, septiembre de 2004, Universidad Externado de Colombia.

46 Este autor considera que la libertad económica es un derecho que tiene un doble contenido como libre empresa y libre competencia. LUIS FERNANDO SABOGAL BERNAL, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2005.

47 CORREA, ob. cit., pp. 375 a 390.

económico y social (arts. 333 a 335 C. P.). En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se define la libre competencia como la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones, y para garantizar la libre competencia le corresponde al Estado eliminar las barreras de acceso al mercado y controlar las prácticas restrictivas de la competencia.

García Alcorta⁴⁸ sostiene frente a las compras públicas, en donde las entidades demandan bienes, obras, que el ejercicio de la libre competencia supone una protección para que los empresarios puedan contratar con el Estado pudiendo concurrir en igualdad de condiciones en una competencia que organiza el propio Estado por medio de la convocatoria pública. Nosotros en este punto debemos decir que la libre competencia es un principio que no solamente se debe proteger en el momento de la recepción de ofertas, sino que igualmente al evaluar el Estado tiene que hacer un esfuerzo por conservar la competencia y tratar de mantener a todos los proponentes compitiendo para seleccionar finalmente entre ellos la oferta más conveniente. Continúa el autor señalando que un aspecto muy importante del procedimiento son las reglas de participación en donde la limitación del ejercicio de la libre competencia se presenta cuando el Estado define los requisitos que deben cumplir los interesados, que genera una exclusión; en esos casos la exclusión debe estar autorizada por una norma superior, y para el contrato estatal debe basarse en el interés general, así que los criterios de selección deben ser adecuados, necesarios y razonables, sin afectar de manera grave el derecho de participación o derecho de igualdad, de manera desproporcionada.

Volviendo a Correa⁴⁹, la libertad económica, como su nombre lo indica, es un derecho de libertad, así que sus límites deben estar asociados a que el derecho no sea interferido para que pueda actuar, en donde el empresario ejerza su derecho con actos positivos, así que se exige por parte del Congreso que intervenga para su pleno desarrollo. Es por ello que se debe abordar el carácter objetivo del derecho a la libre competencia⁵⁰, que genera una carga para el Congreso, que asegure su ejercicio como derecho constitucional,

48 JOSÉ GARCÍA ALCORTA, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, Barcelona, 2008, pp. 63 a 74.

49 CORREA, ob. cit., pp. 375 a 390.

50 *Ibidem*, pp. 265 a 273.

regulaciones por ejemplo para otorgar mayor autonomía para ingresar a un mercado y mayor igualdad de oportunidades para competir en este. Nosotros creemos que esta prerrogativa no es solamente del Congreso de la República, también lo debe ser por parte de la Administración pública si a ella se le delegan las competencias para configurar pliegos de condiciones y de alguna manera fijar las reglas de participación; entonces en este caso le corresponde al Estado elaborar unas reglas que permitan en igualdad de condiciones garantizar una libertad de concurrencia que estime la participación y luego, ya recibidas las ofertas, entonces se conserva esta concurrencia y el derecho de igualdad en la evaluación de las ofertas.

Se agrega⁵¹ que esta libertad de competencia económica es un derecho de amplia configuración normativa por parte del Congreso de la República y en posición jurídica de la Corte Constitucional se nos ha señalado que se trata de aquellos derechos a los cuales la Constitución le ha conferido al legislador la libertad para definir el alcance de los mismos y la concreción de los mecanismos para su realización efectiva. Igualmente sostiene⁵² que la calificación de derechos de configuración legal está asociada a la necesidad que poseen algunos derechos de tener un complemento legal para que termine de diseñar su contenido y permita así mismo alcanzar su efectividad. En este caso nos recuerda que la libertad de competencia tiene una etiqueta económica que facilita el ejercicio del Congreso en cuanto a la limitación de la libre iniciativa y la actividad económica. Reitera⁵³ que la limitación el derecho le corresponde al legislador en primera instancia cuando sostiene que la limitación del derecho de libertad prevista en el artículo 333 constitucional debe producirse por la autoridad competente. Eso sí, esta garantía de legalidad no es absoluta, y caben las limitaciones propuestas por la Administración pública. Otro ejercicio de limitación se encuentra en los jueces de tutela cuando tienen que ponderar entre la libre competencia y otros derechos fundamentales en conflicto.

Frente a la libre competencia como derecho subjetivo nos dice Magdalena Correa⁵⁴ que es inherente en general de todos los derechos constitucionales⁵⁵

51 *Ibidem*, pp. 338 a 342.

52 *Ibidem*, pp. 633 a 639.

53 *Ibidem*, pp. 661 a 666.

54 *Ibidem*, pp. 265 a 273.

55 Para este autor, los primeros fallos reconocieron la categoría de derecho fundamental a derecho

y nos trae de referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-425 de 1995), en donde a través de una acción de tutela un dueño de una estación de servicio de venta de gasolina la interpone contra un propietario de una venta de licores, y se presenta el conflicto de derechos entre dos empresarios, que constituyen derechos o facultades subjetivas en cabeza de las personas⁵⁶.

Con respecto a este tema de los derechos subjetivos⁵⁷, en el artículo 88 de la Constitución Política, que regula las acciones populares para la protección de los intereses colectivos, se encuentra el relacionado con la libertad de competencia económica, para garantizar la efectividad de la concurrencia libre en los mercados de bienes y servicios, y en igualdad de oportunidades.

Sobre este particular, revisando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dice Correa⁵⁸ que en Colombia la valoración sobre la naturaleza jurídica de la libertad económica es diversa e incluso contradictoria, pues se dice inicialmente que es un derecho fundamental que puede ser protegido por la acción de tutela, pero no lo es siempre y que solo cabe realmente su protección por la acción de tutela en conexidad con otros derechos fundamentales. Agrega⁵⁹ con respecto a esto último que la conexidad ha sido una instrumento propuesto por la Corte y que consiste en relacionar un derecho que puede ser de contenido económico con los derechos de la primera generación, para calificarlos de fundamentales, y esta relación de conexión se presenta porque se trata de derechos (los de carácter económico por ejemplo) que no son en esencia de la persona, y no merecería en principio la protección especial que supone el mecanismo judicial de la tutela, y con otro derecho que tiene esta condición. Señala Osuna⁶⁰ que consiste en re-

constitucional de la libertad económica, pero luego varió su posición y lo reconoce solamente cuando va en conexidad con un derecho fundamental. SABOGAL, ob. cit.

56 Consultando otra parte de la doctrina, Martínez Herrera indica que los derechos fundamentales se reconocen por la voluntad del constituyente y por la interpretación de los jueces. Define los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos que se encuentran garantizados por el ordenamiento jurídico y suelen gozar de tutela. KARLA GEORGINA MARTÍNEZ HERRERA, *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, tesis presentada para la obtención del grado de doctora por la Universidad de Alicante, mención de “doctora internacional”. Alicante, diciembre de 2015, p. 131.

57 CORREA, ob. cit., pp. 286 a 288.

58 *Ibidem*, pp. 299 y 300.

59 Citado por MAGDALENA CORREA HENAO, *La libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 319.

60 NÉSTOR OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparos: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 196.

lacionar un derecho casi siempre de contenido económico con otro u otros de los llamados de primera generación a efectos de determinar su carácter fundamental tutelable⁶¹⁻⁶².

61 Por su parte, Correa relaciona la Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994, en la que actuó como magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, donde se presenta el reconocimiento de la libre empresa como derecho fundamental en conexidad con otro derecho fundamental. En este caso la Corte Constitucional considera que los límites a la libertad de empresa, para que sean legítimos, deben ser impuestos por el legislador, sin que se pueda afectar el núcleo esencial, siempre debidamente motivadas y adecuadas dichas limitaciones y con criterios de razonabilidad y proporcionalidad con clara interdicción de la arbitrariedad. Luego nos refiere la Sentencia T-492 del 28 de octubre de 1993, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, en la cual se visualiza la conexidad con el derecho de petición y la libre competencia, sobre un caso de competencia desleal. Entonces se reitera la libertad económica como derecho constitucional y tutelable con la Sentencia T-475 de 1992 del 29 de julio de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, donde se estudia una tutela derivada del otorgamiento de una licencia de funcionamiento para operar un establecimiento comercial con el juego de billar, negocio al que se opuso la ciudadanía por considerar que iba contra el decoro y la tranquilidad de la zona residencial, por lo cual la autoridad suspendió la licencia y se interpuso la tutela en mención. Dentro de las consideraciones la Corte Constitucional conceptúa que no solo se vulneró el derecho al trabajo, sino el derecho a escoger la profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de libre empresa y libre competencia económica. Frente a este último derecho, señaló: “Simultáneamente a la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales antes descritos, la libertad económica y la libertad de empresa se suman a los derechos constitucionales limitados por la decisión de la Secretaría de Planeación Municipal. Establece el artículo 333 de la Constitución: ‘[...]’. Del artículo anteriormente transcrito se infiere el reconocimiento de los derechos constitucionales a la libertad económica y a la libertad de empresa, dentro de los límites que imponen el bien común y la función social de esta última. El legislador está autorizado para intervenir con miras a delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Ya frente al caso en concreto se trata de una licencia de funcionamiento que supone la observancia del cumplimiento del trámite y legítima la intervención de la autoridad en la esfera de la libertad de empresa, y si se cumplen los requisitos procedimentales asegurarían la interdicción de la arbitrariedad y del principio de igualdad. Para la Corte, atendidos los hechos y las circunstancias del caso, es claro que a la patente le fue reconocida una autorización para el uso del suelo con el fin de explotar un establecimiento comercial, situación jurídica esta que no podía ser desconocida, sin justificación para ello, por la autoridad o los demás particulares, so pena de vulnerar diversos derechos fundamentales y constitucionales suyos, así como los principios de buena fe y racionalidad que rigen las actuaciones de la Administración pública. En derecho administrativo un acto administrativo de carácter particular solo puede ser revocado con el consentimiento del directamente afectado con la revocatoria. Además de vulnerar el derecho al trabajo, para la Corte existe una vulneración de los derechos de libertad económica y libertad de empresa”. En opinión de Correa, los análisis de la Corte “dejan ver la intención de proteger no el derecho al trabajo como tal, ni la profesión u oficio, sino en esencia el derecho a la libertad de empresa, pues es, y no otra era a decir verdad, la actividad desplegada por el demandante en tutela, y contra ella actuó de modo ilegítimo la autoridad local”. Concluye la doctrinante que la libre empresa no es un derecho fundamental tal como lo expresan las sentencias SU-182 de 1998, SU-1193 de 2000, T-021 de 2005. CORREA, ob. cit., pp. 322 a 324, 349 a 351 y 353 a 370.

Demostrado que la libre competencia económica en materia de contratación estatal es un derecho constitucional que se empodera cuando en su ejercicio afecta a derechos fundamentales como el derecho de igualdad y que obliga a las entidades estatales a protegerlo en la selección objetiva de las propuestas, pasaremos a revisar cuáles son los medios de control judicial que tendrían aquellos proponentes a quienes, aun poseyendo la vocación de ser el primero en orden de elegibilidad y que les otorga el derecho a ser seleccionados por ser la propuesta más conveniente, la Administración pública les niega ese derecho y ese grado de insatisfacción que genera esta decisión administrativa, por lo cual deciden demandar en sede judicial para demostrar la ilegalidad de la actuación y solicitar la reparación de perjuicios eventualmente.

IV. PRETENSIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

Si se vulnera el derecho de participación previsto en el derecho constitucional de la libre competencia económica—artículo 333 de la Constitución—, en concurrencia con el derecho de igualdad de que trata el artículo 13 constitucional deberemos revisar qué mecanismos judiciales le permiten al proponente inconforme demandar los actos administrativos que le vulneraron estos derechos.

De acuerdo con Santofimio⁶³, en un Estado social de derecho se consolida un sistema de controles en el ejercicio del poder, que es lo que se denomina

62 En este caso la Corte Constitucional resuelve la protección del derecho, pero la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad. La Corte Constitucional en sentencia revisa el derecho a la igualdad en un caso relacionado con contratos estatales de una tutela interpuesta por un interesado en presentar propuesta en una licitación pública abierta por una entidad para la contratación de una obra pública. Se trata de la adjudicación de dos puntos a todo aquel que demuestre haber permanecido los últimos seis meses en el municipio donde se surte la convocatoria. Al final la Corte Constitucional considera que se presentó una vulneración de los artículos 13 y 333 de la Constitución, por cuanto así fuera muy loable la protección de la industria local, no era el único medio para lograrlo y sí se sacrificada de manera indebida la libre empresa y el derecho de la igualdad. Allí queda demostrada la vulneración del derecho a la libre competencia previsto en el artículo 333 constitucional en conexidad con el derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política, y en esa medida la protección judicial será la libre competencia económica en conexidad con el derecho a la igualdad en materia de contratación estatal. Corte Constitucional. Sentencia T-147 del 17 de abril de 1996. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

63 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 835 a 877.

“pesos y contrapesos”, es así como el control de la actividad pública no debe limitarse al simple control de legalidad sino al cumplimiento del interés general, el respeto de los derechos fundamentales, de la participación ciudadana y en general de todo un esquema de valores. Para este autor, en el control de las actuaciones de la Administración pública debe prevalecer el carácter material del Estado de derecho. Sostiene igualmente⁶⁴ que la jurisdicción contenciosa no se mantiene estática y en algunos ordenamientos, como el colombiano, ha adquirido a través de los años profundas responsabilidades de control de constitucionalidad y de juez de interés general, colectivo y de paz social concretado en acciones populares, de grupo, de cumplimiento e incluso la acción de tutela; pero sin desconocer la tradición francesa como fundamentación del sistema de control judicial de la Administración conocido como de lo contencioso administrativo⁶⁵⁻⁶⁶.

64 *Ibid.*, pp. 837 a 842.

65 Para este autor, en la evolución histórica nuestro ordenamiento jurídico es receptor del sistema francés. Ya en la revisión histórica colombiana se señala que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1886, se le asigna la función de máximo juez. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ, *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito - sistema oral*, Doctrina y Ley, 2014, p. 23.

66 Nos relata Santofimio que fue a partir de 1914 que en Colombia se adoptó el sistema similar al de la dualidad de la jurisdicción francesa y por razones de conveniencia al conceptuarse como mucho más eficaz el control judicial de la administración a cargo de organismos especializados diferentes a la justicia ordinaria, aunque no todos los litigios posibles de la administración fueron atribuidos para su conocimiento, compartiendo su juzgamiento con la justicia ordinaria, en lo que torna nuestro modelo como mixto. Es así como el artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910 dio lugar a que el legislador estableciera la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se materializó con la Ley 130 de 1913. Advierte que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la jurisdicción adquirió connotaciones y papeles trascendentales para la vida de la nación, pues adiona a las atribuciones de control judicial a la Administración pública, se le confió un permanente control a la Constitución a través de todas las acciones posibles ante ella. Por lo tanto, para este autor, la implantación o no del desarrollo natural de la institución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no solo ha logrado consolidar conceptos y principios fundamentales del derecho francés, sino también ha desarrollado por vía de adscripción de competencias de las diferentes acciones que ante ella se pueden intentar, al igual que a partir del contenido obvio y natural de las causales de nulidad de los actos administrativos, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la Administración pública al ordenamiento jurídico que involucra las normas constitucionales. Agrega entonces que el sentido tradicional del principio de legalidad de estirpe francesa se transforma en Colombia frente a las nuevas necesidades del Estado constitucional, consolidando el principio de prevalencia del derecho sobre la simple legalidad formal; y no solo este sino la incorporación de los estándares convencionales como la efectividad de las garantías judiciales consagrada en el artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el recurso judicial efectivo (art. 25), y otros estándares convencionales en los derechos subjetivos reconocidos. Por otra parte, se aclara que en el artículo 237.1 de nuestra Constitución se encuentra el reconocimiento de nuestra jurisdicción especializada para el conocimiento de

Ya en lo que se refiere a las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sostiene el autor consultado⁶⁷, tiene su origen en el artículo 89 de la Constitución Política donde se dejó en manos del legislador la regulación de los recursos, acciones y procedimientos necesarios, así que se otorgó base constitucional a los mecanismos procesales tradicionales de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa; por lo tanto, las tradicionalmente denominadas acciones contencioso-administrativas, ya sean objetivas (simple nulidad, electoral), como las subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual o lesividad), tienen sus raíces en el texto de la Constitución Política.

Por su parte, Garzón Martínez⁶⁸, en el concepto de acción y pretensión⁶⁹ en el actual ordenamiento que rige los procesos contenciosos

litigios que se generen en el ejercicio de la función administrativa en cabeza del Consejo de Estado, y por el legislador en los artículos 103 a 105 de la Ley 1437 de 2011 (norma que retoma la característica de ser jurisdicción especial), como un presupuesto de garantía para los asociados en sus relaciones con la administración, y como un instrumento para el control de legalidad y de respecto a los derechos subjetivos y colectivos, a lo cual se le atribuye la posibilidad de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (actos, hechos, operaciones, ocupaciones y contratos de la administración) y de las personas privadas que ejercen funciones públicas. Sobre el papel de la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente al control de convencionalidad, Santofimio sostiene que esta jurisdicción está vinculada al control de convencionalidad como herramienta amplificadora e integradora del ordenamiento jurídico interno conforme a los principios, valores y normas del derecho internacional. Es el llamado control difuso de convencionalidad, e implica el deber de todo juez nacional de realizar el examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso en concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en otras palabras, se trata de la obligación del poder judicial, cuando el legislador falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, de permanecer vinculado al deber de garantía y por lo tanto debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella, ya sea la mencionada Convención y los demás tratados y preceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Agrega que la jurisprudencia decantada de la Corte Interamericana, como criterio vinculante, otorga suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales y en particular a los jueces de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno. SANTOFIMIO, *ob. cit.*, pp. 843, 852 a 855 y 857 a 859.

67 SANTOFIMIO, *ob. cit.*, pp. 860, 876 y 877.

68 JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ, *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito – sistema oral. Debates procesales (Ley 1437 de enero 18 de 2011)*, Ediciones Doctrina y Ley, 2014, pp. 231 a 243.

69 Galindo Vácha sostiene que la acción es el poder jurídico que se halla en cabeza de quien posea el derecho sustancial, y no busca una sentencia favorable sino la resolución sobre lo pedido en juicio, con algunas particularidades específicas sobre el tipo de proceso. En la distinción entre

acción y pretensión, la pretensión es la aspiración concreta de un sujeto de derecho para lograr la tutela jurídica, en tanto que la acción es el poder jurídico para hacer valer la pretensión, facultad que se encuentra dentro del individuo. Entonces, para el autor, pretensión es aquello que busca o desea el sujeto de derecho, es lo que pide que sea concedido por parte de la autoridad jurisdiccional, tenga su fundamento ya en la norma legal o en un negocio jurídico, ora en determinado comportamiento de persona alguna. En otras palabras, pretensión es una declaración de voluntad, un acto de un sujeto de derecho, es algo que se hace, no es algo que se tiene. La acción, reitera, es un derecho del sujeto, diferente de aquello que se aspira por determinadas persona; se trata de una facultad o prerrogativa para acudir ante las autoridades jurisdiccionales del Estado con el fin de obtener la tutela de derechos, la realización de sus pretensiones; y, en estos términos, todas las persona tienen derecho de acción por el simple hecho de detentar esa calidad jurídica, se trata de un derecho subjetivo que le asiste a cada sujeto jurídico por el hecho de serlo, de un derecho subjetivo de carácter público y en cabeza de todas y cada una de las personas. Refiere luego el auto del Consejo de Estado del 17 de diciembre de 1979 que distinguió entre acción y pretensión en donde sostuvo que la acción es pública y lo que puede clasificarse de privado es la pretensión, y que no excluye el concepto de parte y la necesidad de que comparezcan todos los sujetos activos y pasivos de la pretensión. Continúa el autor señalando que hay tres conceptos diferentes, que se hallan interrelacionados entre sí: el derecho de acción, la pretensión y el derecho material. El derecho de acción es un derecho subjetivo o poder jurídico de solicitar a la jurisdicción determinado pronunciamiento. La pretensión es la manifestación de voluntad de una aspiración del sujeto de derecho para obtener la tutela efectiva de sus derechos o intereses. Finalmente, el derecho material es la prerrogativa jurídica que concreta la petición jurisdiccional, o, en otras palabras, el soporte jurídico y particular de la pretensión, sobre lo que esta reposa. Definido lo anterior, pasa el autor a emitir concepto frente a la pretensión administrativa y es aquella manifestación de la voluntad de los sujetos formulada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que le sea protegido determinado derecho subjetivo relacionado con las actuaciones de las entidades públicas, o los particulares en los casos previstos por la ley, o bien directa o indirectamente en normas jurídicas de derecho administrativo; entonces, se tratará de una solicitud que se lleva a cabo por virtud de la existencia de una relación de derecho administrativo, surgida esta de una particular norma jurídica, ora de una simple facultad otorgada por el ordenamiento jurídico como sería el caso del ejercicio del derecho de acción respecto del control de legalidad de disposiciones administrativas. Como elementos de la pretensión procesal, indica Galindo que es una institución jurídica, que implica la concurrencia de diferentes elementos como serían los sujetos, el objeto y la herramienta. El sujeto se trata del solicitante o demandante y de su destinatario, el juez; entonces serán dos los sujetos inherentes a la pretensión, el actor y el juez; así que se requiere del solicitante y del destinatario que es el funcionario judicial competente que puede pronunciarse sobre aquella de acuerdo con el ordenamiento. El demandado y los demás intervinientes en el curso de la litis, su presencia no es inherente a la pretensión. En segundo lugar se encuentra el objeto, el ámbito del pronunciamiento pedido circunscrito por el demandante en la demanda que implica la petición misma en íntima comunión con los supuestos fácticos y jurídicos en los cuales se fundamenta el acto y que se conoce como la *causa petendi* o causa para pedir. En tercer lugar se encuentra el instrumento de la pretensión, como es la demanda, en la medida en que la ley previó que fuera propuesta ante las autoridades jurisdiccionales. Para este autor es más preciso hablar de pretensión en la medida en que la acción es un derecho público subjetivo radicado en cada uno de los sujetos de derecho por el simple hecho de serlo; así que lo pertinente es hablar de pretensiones contencioso-administrativas. JUAN

administrativos, remite al artículo 104 del nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, donde señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos u omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan funciones administrativas. Advierte que el control judicial lo ha venido ejerciendo la jurisdicción contencioso-administrativa mediante las “acciones contencioso-administrativas”; cada acción tenía su propia pretensión, así que la pretensión le daba el nombre a la acción. Señala este autor que la moderna teoría procesal relacionada con la acción implica considerarla como independiente del derecho sustancial subjetivo, no solo porque es diferente de este, sino, igualmente, porque su ejercicio no requiere de la existencia de un derecho sustancial ni de su violación. Agrega que el procesalismo moderno entiende la acción no como una mera facultad, sino como un derecho subjetivo procesal, abstracto y de naturaleza pública; entonces la acción es una consecuencia anterior al proceso y su finalidad no es obtener una sentencia favorable; solamente que haya un proceso en el cual se resuelvan las pretensiones del demandante. En estos términos, considera que la acción tiene su propio interés en que el litigio tenga una justa composición, es decir, que se defina mediante una sentencia, respetando el debido proceso. Por lo tanto, la acción es un derecho público, mientras que la pretensión, que es el derecho material o subjetivo, es de naturaleza privada. Advierte entonces que no es de recibo hablar de acumulación de acciones, sino de acumulación de pretensiones. El autor pasa a definir entonces la pretensión señalando que contiene una finalidad concreta y que es la satisfacción de unas declaraciones que se solicita que se hagan en la sentencia; en esos términos la pretensión puede entenderse como el efecto jurídico concreto que el demandante persigue en el proceso, así que el objeto del proceso es definir en un determinado sentido la pretensión invocada por el demandante. Agrega que la pretensión no es un derecho sino un simple acto de voluntad que se exterioriza con la demanda; entonces la pretensión implica indicar lo que se persigue de ella y la afirmación de

lo reclamado sustentado en unos hechos que coinciden con los supuestos fácticos consagrados en la norma jurídica.

Pasa el autor consultado a describir el alcance procesal de la reforma del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), y en primer lugar se menciona la posición de la Comisión Redactora donde se considera que la acción es un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, en donde el demandante tiene derecho a exigir y el Estado la obligación de producir una sentencia determinada frente a la demanda; en tanto que la pretensión crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, y por ello concluye que era antitécnico instituir un conjunto de acciones contencioso-administrativas. Por lo tanto, la Ley 1437 de 2011 acepta procesalmente la diferencia de los dos conceptos (acción - pretensión), de tal manera que utiliza en su real sentido el concepto de medios de control (pretensiones) y le otorga al concepto de acción contencioso-administrativa su verdadera razón de ser, que no es otra diferente a ser el instrumento jurídico otorgado por el legislador para activar los medios de control, es decir, para ejercer su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Es así como desde el artículo 135 de la ley en mención bajo los títulos de medios de control enuncia como a continuación se observa.

V. PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Señala Galindo⁷⁰ frente a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho que en la antigüedad esta pretensión fue conocida como acción de plena jurisdicción y está encaminada no solamente hacia el mantenimiento de la legalidad, que es la anulación del acto administrativo cuando desatienda el ordenamiento jurídico, sino a la protección del derecho subjetivo amparado por una determinada norma jurídica o la reparación del daño causado. Entonces, además de la petición de nulidad del acto demandado, en la demanda se solicitará un pronunciamiento declarativo subjetivo con la formulación de una condena (como cuando se pretende la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se solicita la reparación de perjuicios, obteniendo la utilidad

70 GALINDO VÁCHA, ob. cit., pp. 343 a 359.

del contrato que se vio frustrada por la negación a adjudicarse el contrato a quien demanda). En cuanto a la pretensión, se trata de la intención del actor por obtener una abstracta resolución judicial respecto de la conformidad del acto con el orden jurídico, por el ánimo de obtener el pronunciamiento que le restablezca sus derechos o una reparación del daño causado; entonces es necesario fijarle al juez una precisa solicitud respecto del restablecimiento o la reparación (si volvemos a nuestro ejemplo, la fijación al juez sería o la reparación de la utilidad que se esperaría obtener en caso que se le hubiese adjudicado el contrato o en su defecto que se le permita ejecutar el objeto del contrato).

Agrega ese autor que con base en la tradición francesa, en la actualidad, la pretensión de plena jurisdicción posee un amplio campo de aplicación, siempre con algún objetivo concreto adicional a la nulidad del acto, entre otros, como los contenciosos contractuales. En Colombia con ocasión de la expedición del Decreto 01 de 1984 se varió el esquema legal hasta el momento existente, pues se distinguió entre varias pretensiones que antes se manejaban bajo la de plena jurisdicción, tales como la acción de restablecimiento del derecho, acción de reparación directa y cumplimiento y las acciones relativas a los contratos; y se restringió la de restablecimiento del derecho para referirla como consecencial de la declaratoria de nulidad, bien fuere declarativa o de condena, y la responsabilidad civil extracontractual por la acción de reparación directa y la de reparación contractual por la pretensión relativa a contratos. Con la expedición del Decreto 2304 de 1989 se modificó la designación por acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero sin modificar su contenido, y los siguientes son los elementos:

a) Será utilizada por el demandante cuando pretenda, más allá de la nulidad del acto administrativo, la protección de un derecho subjetivo, bien sea a través de la simple anulación o modificación del acto acusado, o del reconocimiento y pago de una suma de dinero.

b) Podrá ser interpuesta por la persona titular de ese derecho subjetivo que se estime desconocido, razón por la cual si se argumenta por un sujeto diferente, carecerá de legitimación en la causa.

c) De esta manera el fallo del juez administrativo tendrá una doble naturaleza, pues será de orden declarativo frente al acto administrativo, mientras que podrá tener un contenido idéntico con relación al restablecimiento del derecho, o bien condenatorio, cuando señale a la entidad demandada el adicional cumplimiento de una obligación determinada.

d) Esa doble finalidad del actor (nulidad y restablecimiento del derecho), al igual que el carácter de las pretensiones, conducen hacia la producción de unos efectos mixtos de la sentencia. Los fallos de mérito que acceden a las súplicas de la demanda producirán efectos *erga omnes* con respecto a la nulidad del acto e *inter partes* con respecto al interés particular que le asistió al actor en la protección del derecho subjetivo. La sentencia que niegue las pretensiones también tendrá efectos *erga omnes* con respecto a la *causa petendi*, y aunque podría impugnarse nuevamente por el requisito de procedibilidad, probablemente ya estaría caduca la acción.

e) Deberá hacerse uso de esta vía dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto (como está vigente actualmente con la Ley 1437 de 2011), de lo contrario opera la caducidad. Se advierte que en los actos precontractuales la caducidad es de 30 días contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, pero esta norma ya no está vigente (hoy son 4 meses).

f) Por medio de este instrumento procesal se puede buscar la indemnización de perjuicios de daños causados únicamente cuando se originen en el acto administrativo cuya nulidad se pretende; si la causa del daño es diferente, la acción será de reparación directa. En la Sentencia del Consejo de Estado del 4 de mayo de 2001, expediente 5013, se sostuvo que con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no puede perseguirse una pretensión indemnizatoria que no resulta de la anulación de un acto administrativo definitivo, pues no es una condición *sine qua non* para restablecer el derecho a indemnizar el perjuicio derivado del acto administrativo que se anula, ya que se trata de una acción que se reserva para proteger directamente el derecho subjetivo administrativo que ha sido vulnerado por un acto de la Administración y por ello envuelve dos pretensiones que se complementan: la nulidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho; así que no es procedente acudir a esta acción para perseguir un daño que no ha sido causado por un acto administrativo.

g) No toda persona podrá intervenir en el trámite del proceso como la simple nulidad, pues el sujeto de derecho que desee intervenir deberá acreditar interés directo. De acuerdo con lo anterior, los titulares de la acción pueden ser cualesquiera personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras. La propia entidad que profirió el acto también podrá acudir a la jurisdicción para obtener la declaratoria de nulidad, lo que se denomina

acción de lesividad, pues si bien los actos expedidos por la autoridad pueden ser revocados exigen el consentimiento del particular, así que cuando no es posible obtenerlo se acude a la jurisdicción.

Tal como lo presenta el autor consultado⁷¹, podrán ser materia objeto de la pretensión los actos administrativos generales y particulares definitivos (como sería por ejemplo en nuestro sentir el acto por medio del cual se adjudica el contrato estatal), que signifiquen el desconocimiento o lesión de derechos subjetivos amparados por disposiciones legales. Ya en cuanto a las causales, son las mismas para solicitar la nulidad de los actos administrativos y que en su momento se encontraban en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (artículos 135 a 137 Ley 1437 de 2011). Cuando se trate de la demanda de actos administrativos particulares, se solicitará el restablecimiento y la reparación; por restablecimiento entiende el autor volver a una situación anterior de favorabilidad frente al presente, poner la cosa en el estado que estaba antes; mientras que la reparación consiste en indemnizar con un equivalente al daño causado, que se encontraba regulada en el artículo 85 del Código Contencioso (hoy en el artículo 138 Ley 1437 de 2011); y en este caso es necesario acreditar, por los medios probatorios necesarios, el detrimento o la disminución del derecho, en aras de lograr el restablecimiento, como también los perjuicios causados. El autor recomienda que se le dé importancia a la comprobación de los hechos, pues se podría tener una sentencia anulatoria sin la reparación de perjuicios (y que es una constante en las sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, en los años de jurisprudencia consultada).

Expone Santofimio⁷², en lo que respecta a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que actualmente se encuentra desarrollada por el artículo 138 de Ley 1437 de 2011^[73], que es de naturaleza subjetiva, in-

71 GALINDO VÁCHA, ob. cit., pp. 361 a 366.

72 SANTOFIMIO, ob. cit., pp. 860, 876 y 877.

73 Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto

dividual, temporal y desistible, por medio de la cual la persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica como efecto de la vigencia de un acto administrativo de contenido individual, concreto y específico, expreso presunto, viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se declare la nulidad, que en otras palabras significa que pierde su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal, y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño. Agrega que la acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. Por lo tanto, le corresponde, a quien se considere vulnerado en sus derechos, no solo exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, sino también la forma como su derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad, para que, como consecuencia de ese juicio, se pueda deducir el tipo de reparación que le corresponda con cargo a la Administración. En esos términos, las pretensiones de la demanda ante el juez son complejas,

intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Revisemos la norma que regula la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

Como vemos, el nuevo código, tal como lo expresa la jurisprudencia, separa las dos acciones, y se pueden demandar de manera independiente los actos previos a la celebración del contrato, de tal manera que, como veremos a continuación, ya no es necesario demandar la nulidad del contrato dentro del término para demandar los actos previos si este se perfeccionó, pues ya no lo exige el ordenamiento mismo, como requisito de procedibilidad que generaría la ineptitud de la demanda.

por cuanto no solo implican un juicio de legalidad sino también la reparación para restablecer los derechos vulnerados; entonces, se combinan el juicio de constitucionalidad y legalidad como pretensión declarativa y el restablecimiento del derecho que sería una pretensión condenatoria. Finalmente la condena tendrá un efecto *inter partes*, por lo tanto la demanda es de naturaleza subjetiva e implica la presencia de una persona determinada que se considere vulnerada en sus derechos, por lo que se exige legitimación de la demanda por activa⁷⁴⁻⁷⁵.

74 Para Garzón Martínez, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se conoció en su origen, como nos lo han hecho saber otros doctrinantes, como la pretensión de plena jurisdicción cuya finalidad no es solamente el mantenimiento de la legalidad (nulidad del acto por desconocimiento del ordenamiento jurídico), sino la protección de un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica o la reparación del daño causado (como cuando se demanda la nulidad de un acto de adjudicación de un contrato estatal donde se pretende que una vez declarada la nulidad del acto administrativo se ordene continuar adelante la ejecución del contrato con el demandante, pues logró demostrar tener la propuesta más conveniente, o por el contrario la reparación de perjuicios, que en este caso se trata que ordenen que le paguen la utilidad que esperada obtener). Entonces este medio de control implica dos pretensiones: que se declare la nulidad del acto administrativo que es la causa del daño antijurídico y la segunda pretensión que es la consecuencial de la condena y que tiene que ver con el restablecimiento o la solicitud de reparación. Este medio de control se encuentra regulado en el artículo 138 del CPACA, conforme al cual se solicita se declare la nulidad de actos administrativos de carácter particular, expreso o presunto, y que se restablezca el derecho subjetivo de la persona lesionada. Operan las mismas causales para la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Para este autor, las siguientes son las características de la acción:

- a) La existencia de un interés que sería de aquella persona que considere su derecho lesionado.
- b) Se debe ejercer dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir del día siguiente de su comunicación, notificación o ejecución.
- c) Los fallos tendrán efecto *erga omnes* con respecto a la nulidad del acto administrativo e *inter partes* frente a los efectos consecuenciales.
- d) Las causales del artículo 138 del CPACA se aplican para la nulidad de estos actos.

GARZÓN MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 289 a 292.

75 Para el Consejo de Estado, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene un propósito indemnizatorio y para su procedencia el origen del daño resulta determinante, por lo que sus requisitos formales, los argumentos de inconformidad y los términos de caducidad dependen de cada pretensión. Así que para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho su fundamento es la nulidad del acto administrativo y la consecuente reparación de perjuicios. El Tribunal, en cuanto a la técnica que se debe utilizar la formulación de las pretensiones, advierte que en los eventos en los que se busca la declaratoria de nulidad de un acto administrativo resulta indispensable invocar uno o varios de los supuestos establecidos en el artículo 137 del CPACA: a) la infracción de las normas en que debe fundarse el acto; b) la falta de competencia para expedir el acto; c) la expedición irregular del acto; d) el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa; e) la falsa motivación del acto; f) la desviación del poder. Agrega la Corporación que en

VI. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LOS MEDIOS DE CONTROL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADJUDICAN CONTRATOS

A. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

El Consejo de Estado⁷⁶ en auto del 10 de septiembre de 2018, expediente 59.537, decide sobre la declaratoria por parte del juez de primera instancia en cuanto a la inepta demanda en aplicación del numeral 5.º del artículo 100 del Código General del Proceso, en donde se puede plantear como excepción cuando se presente incumplimiento de los requisitos de forma previstos en el estatuto proceso o cuando se evidencia indebida acumulación de pretensiones. Para el caso en concreto se decreta la ineptitud de la demanda por falta de integración del acto administrativo acusado y se sustenta el rechazo de la demanda en cuanto a que no demandó de manera concurrente el acta de adjudicación y el acto administrativo de adjudicación. El Consejo de Estado al revisar el acta de adjudicación encuentra que solo se mencionó la recomendación del comité evaluador, por lo tanto considera que no hay lugar a la integración de la demanda con esta acta en virtud de que no quedó consignada la decisión, como sí lo fue en el acto administrativo de adjudicación demandado, y decide reponer la decisión de primera instancia.

En este punto consideramos que es necesario demandar tanto el acta de adjudicación como el acto administrativo de adjudicación del contrato estatal para que no se rechace la demanda, en aquellos casos en los cuales queda constancia dentro de dicha acta que el ordenador de gasto o su delegado decidieron adjudicar el contrato estatal.

aplicación del artículo 161 del CPACA se debe aportar copia del acto acusado, aspectos que son exigibles en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Reitera el Consejo de Estado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente cuando el daño proviene del acto administrativo ilegal y para lograr la reparación es menester que el juez declare la nulidad, pues solo entonces el daño causado será antijurídico y comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, así que siempre que exista un acto administrativo del cual se afirma que causó un perjuicio y se acusa su ilegalidad, esta será la acción (sic) correcta. Consejo de Estado. Sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 55.381.

76 Consejo de Estado. Auto del 10 de septiembre de 2018, expediente 59.537.

El Consejo de Estado⁷⁷ en auto del 10 de noviembre de 2017, expediente 41.062, decide sobre la declaratoria por parte del juez de primera instancia de inhibirse de pronunciarse por estar comprobada falta de capacidad jurídica para comparecer al proceso del demandante donde se demandó la nulidad y restablecimiento de un acto administrativo que adjudicó una licitación pública. El problema jurídico radica en que sí se debe anular una sentencia por no haberse vinculado al adjudicatario como litisconsorcio necesario. Considera el Consejo de Estado que la institución del litisconsorcio necesario se encuentra regulada en los artículos 50 a 57 del Código de Procedimiento Civil y tiene como finalidad la debida integración del contradictorio en los procesos atendiendo criterios de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, y se clasifica en necesaria, facultativa y/o voluntaria, y a su vez puede ser activo (integrar parte demandante) o pasivo (integrar parte demandada). Ahora, en cuanto a litisconsorcio necesario, se regula en el artículo 51 del C. P. C. de la siguiente manera: “Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”. Para el tribunal se presenta un litisconsorcio necesario en aquellos casos en los que la naturaleza de las relaciones jurídicas planteadas o debatidas en el proceso no permiten emitir una decisión de fondo con las partes que hasta el momento se encuentran vinculadas al mismo, por encontrarse necesaria la comparecencia de una o varias personas (por activa o por pasiva) que podrían resultar afectadas con la decisión adoptada en razón a la relación jurídica debatida. En el caso en concreto considera la Corporación que para la nulidad y el restablecimiento del derecho de un acto administrativo donde se adjudique un contrato, un sujeto procesal solo puede ser objeto de condena cuando ha sido vinculado para ejercer su derecho de defensa y contradicción y la presencia del adjudicatario de un contrato es indispensable en el proceso judicial tendiente a debatir la legalidad del acto de adjudicación, ya que los resultados del proceso pueden incidir en los derechos de quien resultó vencedor en el trámite licitatorio, independiente de que se esté ejecutando el contrato o no.

77 Consejo de Estado. Auto del 10 de noviembre de 2017, expediente 41.062.

El Consejo de Estado⁷⁸ en la Sentencia del 3 de junio de 2015, expediente 31.211, hace un estudio sobre la caducidad de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos y la acción de controversias para demandar la nulidad del contrato en vigencia de la Ley 1437 de 2011, aclarando que los actos precontractuales pueden demandarse de forma separada de la nulidad del contrato. Es así como el inciso segundo del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código, según el caso”, cuyas normas remiten a la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho respectivamente; y regula el término de caducidad de 4 meses.

Es necesario aclarar que esta posición no siempre fue la determinante frente a demandar los actos previos al perfeccionamiento del contrato, por ello traemos a colación la reciente jurisprudencia⁷⁹ que trató el tema frente a la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, la cual en el ordenamiento anterior –Ley 446 de 1998– tenía un término de caducidad de 30 días. Allí se expuso que si dentro del término de caducidad de la acción se perfecciona el contrato y el demandante tiene conocimiento de esa circunstancia, entonces se encuentra obligado a demandar igualmente la nulidad del contrato, y, en caso de no presentarse simultáneamente las dos pretensiones, el juez declarará la ineptitud de la demanda por violación del artículo 32 de la Ley 446 de 1998^[80],

78 En igual sentido, Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2017, expediente 57.835. Sos-tiene este tribunal que la legalidad de los actos precontractuales no tiene interdependencia con el contrato estatal y por ende, una vez suscrito el contrato, no es necesario demandar conjuntamente su legalidad y la de los actos previos. Los actos previos se demandarían por separado del contrato estatal. De tal manera que, si no se solicita la nulidad del contrato estatal en un proceso separado o mediante la acumulación de medios de control, podrán existir negocios jurídicos válidos y en ejecución aun si previamente han sido anulados los actos precontractuales en que se fundaron. Para el Consejo de Estado hay una laguna normativa si se firma el contrato dentro del término de caducidad para demandar los actos previos. Consejo de Estado. Sentencia del 3 de junio de 2015, expediente 31.211.

79 Consejo de Estado. Sentencia del 1.º de abril de 2016, expediente 39598.

80 Artículo 32. De las controversias contractuales. Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo quedará así: “Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y

que determina que, una vez suscrito el contrato como presupuesto para demandar la nulidad de los actos previos, se requiere demandar la nulidad del contrato como presupuesto para reclamar la reparación de perjuicios. Luego el Consejo de Estado⁸¹ en Sentencia del 12 de junio de 2017, expediente 51364, igualmente hace un estudio sobre la caducidad de la acción; los hechos de la demanda datan del año 2012 por lo tanto ya se encuentra vigente la Ley 1437 de 2011, y el artículo 64 regula la presentación de la demanda dentro de los cuatro meses contados a partir de la ejecutoria del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta, en donde no se requiere demandar la nulidad del contrato.

Sobre la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y la demanda de nulidad del contrato también se encuentra el auto del Consejo de Estado⁸² del 18 de abril de 2017, expediente 57.835, donde modifica la anterior posición del tribunal. Sostiene el tribunal que la legalidad de los actos precontractuales no tiene interdependencia con el contrato estatal y por ende, una vez suscrito el contrato, no es necesario demandar conjuntamente su legalidad y la de los actos previos. Los actos previos se demandarían por separado del contrato estatal. De tal manera que, si no se solicita la nulidad del contrato estatal en un proceso separado o mediante la acumulación de medios de control, podrán existir negocios jurídicos válidos y en ejecución aun si previamente han sido anulados los actos precontractuales en que se fundaron. Para el Consejo de Estado, hay una laguna normativa si se firma el contrato dentro del término de caducidad para demandar los actos previos. En primer lugar consulta las actas de la Comisión Redactora de la Ley 1437 de 2011 y concluye que la posición mayoritaria era que se

que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato*". (Cursiva fuera del texto).

81 En esta sentencia queda claro que el término para demandar los actos previos es de cuatro meses y desapareció el requisito de procedibilidad de demandar de manera concurrente la nulidad del contrato en caso de llegarse a suscribir en el periodo de caducidad de la demanda contra los actos previos. Consejo de Estado. Sentencia del 12 de junio de 2017, expediente 51364.

82 Consejo de Estado. Auto del 18 de abril de 2017, expediente 57.835.

debería mantener expresamente la obligación de acumular las pretensiones de ilegalidad de los actos previos y de nulidad absoluta del contrato estatal, una vez celebrado este, y a pesar de la discusión la redacción de la norma quedó con el movimiento de interpretación minoritario, esto es, bajo el entendido de que era preciso guardar silencio para no tener que obligar al demandante a acumular pretensiones de nulidad de los actos previos con la contractual de validez del contrato. El argumento de la posición minoritaria era la necesidad de conservar el servicio público. Para la posición actual del Consejo de Estado es inadmisibles la anterior postura y rescata la tesis mayoritaria según la cual es necesario que se mantuviera la exigencia contenida en el antiguo Código Contencioso Administrativo. Señala la Corporación que no es admisible que a partir de la lectura restrictiva de la norma se promuevan comportamientos que atenten contra el ordenamiento jurídico, porque la tesis de la acumulación optativa sirve de pábulo para que el contrato viciado continúe su ejecución con independencia de los vicios que lo afectan, y que se deje en cabeza del demandante –adjudicatario no favorecido– la decisión de si activa o no el control jurisdiccional sobre la legalidad del negocio jurídico irregular; y agrega que como la norma no prohíbe expresamente la tesis de la acumulación obligatoria, si la intención del legislador era suprimirla debió hacerlo de forma expresa y no simplemente mediante el silencio.

En este punto consideramos oportuno señalar que aún no es una posición del Consejo de Estado y en sentencias recientes donde se demandó únicamente el acto administrativo por medio del cual se adjudicó un contrato estatal, allí admite la demanda⁸³; sin embargo, ante el riesgo que el Consejo de Estado varíe de posición y se aplique su posición con retroactividad, lo más aconsejable es que se demande de manera concurrente la nulidad y el restablecimiento del derecho del acto de adjudicación como acto previo y la nulidad absoluta del contrato.

83 En el estudio sobre la caducidad de la acción, los hechos ocurren en una licitación de 2012, por lo tanto está cubierta por la Ley 1437 de 2011, y el artículo 64 regula la presentación de la demanda dentro de los cuatro meses contados a partir de la ejecutoria del acto de adjudicación. Consejo de Estado. Sentencia del 12 de junio de 2017, expediente 51364.

B. REGLAS RELACIONADAS CON LOS PLIEGOS
DE CONDICIONES. INMUTABILIDAD.
CLÁUSULAS VAGAS E IMPRECISAS. PRINCIPIO
DE SUBSANACIÓN. ILEGALIDAD
DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

El Consejo de Estado en Sentencia de marzo 1.º de 2018, expediente 38711^[84], para resolver conceptúa sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones como acto administrativo general confeccionado mediante competencias discrecionales que contiene no solo los derechos y obligaciones de las partes, sino las reglas de participación que deben cumplir los proponentes garantizando la concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción; reglas que deben ser acatadas por las partes y que una vez recibidas las ofertas se vuelven inalterables, reduciendo esa competencia discrecional. En esa perspectiva, en la evaluación de las ofertas la Administración se somete a dichas reglas con base en las cuales selecciona objetivamente la propuesta más favorable, lo que va en el mismo sentido respecto de los particulares, quienes deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos; pero es necesario que los pliegos de condiciones sean claros para garantizar propuestas que correspondan a la necesidad de la Administración. Cuando el pliego de condiciones carece de dicha claridad, su interpretación va en contra de la Administración y debe interpretarse a favor de los proponentes.

El Consejo de Estado⁸⁵ en Sentencia del 27 de noviembre de 2017, expediente 58.362, considera que uno de los conceptos vinculados al principio de selección objetiva es el “precio de mercado”, que consiste en la definición del costo real del negocio proyectado, el valor de las cosas, servicios que se van a contratar; por lo tanto, de lo que se trata es que no se pague más ni

84 Consejo de Estado. Sentencia de marzo 1.º de 2018, expediente 38.711.

En sentencia del 30 de julio de 2015, expediente 25296, la Corporación se había expresado en el mismo sentido en cuanto a que los pliegos de condiciones deben ser claros y cualquier ambigüedad debe ser interpretada en contra de la Administración. En esta sentencia aclara adicionalmente que los plazos de la licitación pública son perentorios, por lo tanto la adjudicación o la declaratoria de desierta que se expida sin respetar estos términos generan la nulidad del acto administrativo expedido.

85 Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2017, expediente 58.362.

menos de lo que verdaderamente cuesta; desarrolla así un principio de los contratos denominado “conmutatividad”. Frente a los pliegos de condiciones, la consecuencia que los particulares no cumplan con su contenido es el rechazo de la propuesta; sin embargo, los pliegos de condiciones pueden contener ilegalidades que se castigan con la ineficacia de pleno derecho, de tal manera que el juez no considerará la cláusula ilegal en el momento de evaluar y calificar las propuestas. Establecer un “programa de trabajo” en los criterios para evaluar ofertas le permitió al comité evaluador adjudicar puntos sin ninguna motivación. A pesar de la ilegalidad declarada por el juez en el caso en concreto, no repara los daños porque no se allegaron al proceso las otras propuestas para que el juez pudiera evaluarlas y determinar el orden de elegibilidad.

Para el Consejo de Estado en Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 35.163^[86], la entidad decide declarar desierto el proceso de selección pero en consideración del Consejo de Estado fue de manera irregular por cuanto modificó los pliegos de condiciones una vez recibidas las propuestas, y ha sido reiterada la jurisprudencia en cuanto a que la Administración se encuentra obligada por los pliegos de condiciones y al modificar los pliegos, recibidas las ofertas, se vulnera el derecho de los participantes. Por otra parte es posición del Consejo de Estado que para demandar la nulidad del acto de adjudicación se requiere demostrar la ilegalidad del acto administrativo y adicionalmente tiene la carga de demostrar que se posee la condición de ser la mejor propuesta y la más conveniente para la Administración.

El Consejo de Estado⁸⁷ en Sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34.510, estudia una demanda contra el acto de adjudicación argumentando que los pliegos de condiciones contenían una regla discriminatoria al conceder unos puntos por el hecho de prestar el servicio en el lugar donde se adjudicó el contrato. El Consejo de Estado declara la ineficacia de pleno derecho de la cláusula pero no repara por cuanto no se logra demostrar ser el primero en orden de elegibilidad.

86 Consejo de Estado. Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 35.163.

87 Consejo de Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34.510.

C. REQUISITO MÍNIMO HABILITANTE RELACIONADO CON LA CAPACIDAD LEGAL

El Consejo de Estado⁸⁸ en Sentencia del 16 de agosto de 2018, expediente 38339, estudia el rechazo de la propuesta y la posición del Tribunal frente a la actuación irregular de la Administración, por cuanto uno de los integrantes del componente plural no acreditó la existencia y representación de su sucursal en la ciudad de Bogotá, concluyendo que se trata de documentos no necesarios para la comparación de propuestas y de ahí su carácter de subsanable y por ello la entidad estatal no podía, como lo hizo, rechazar la propuesta. El argumento que le hizo saber el demandante a la entidad es que la casa matriz y la sucursal no constituyen personas jurídicas independientes, así que no existía documento del registro de proponentes de la sucursal. La conclusión del Tribunal es que ante las dudas que tenía la entidad debió requerir al proponente para que subsanara y al no hacerse se vulneró al art. 29 de la Constitución, constituyente del debido proceso, lo que generó la nulidad del acto de adjudicación. En la reiteración jurisprudencial el Tribunal señala que prima el derecho sustancial sobre el formal en aplicación del artículo 228 Constitucional y los principios de la función administrativa (art. 209 C. C.), en concordancia con el numeral 5 artículo 25 Ley 80 (hoy art. 5 Ley 1150 modificado por el art. 5 Ley 1882) referente al principio de subsanación de propuestas y su relación con el principio de selección objetiva. Como la adjudicación de la propuesta económica era por un sistema aleatorio, el Consejo de Estado decide medir las propuestas que estaban en opción de competir en esa instancia y divide la utilidad que esperaba obtener entre los proponentes habilitados incluyendo la oferta del demandante.

El Consejo de Estado⁸⁹ en Sentencia del 14 de febrero de 2018, expediente 37485, estudia como problema jurídico si el objeto social del demandante le permitía la celebración y ejecución del contrato. El pliego de condiciones de la licitación pública exigía que dentro del objeto social se debería acreditar la “restauración de edificaciones”. Para el Consejo de Estado el objeto social de las sociedades define su capacidad jurídica, pues la ley adoptó el objeto específico, con lo cual los estatutos societarios deben definir de manera

88 Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2018, expediente 38.339.

89 Consejo de Estado. Sentencia del 14 de febrero de 2018, expediente 37.485.

precisa las actividades que la sociedad puede desplegar (art. 99 C. Co.). En la lectura de la norma el Consejo de Estado consideró que se puede interpretar el objeto con respecto de las actividades directamente relacionadas; se trata de los actos que están conectados con la actividad social (n. 4.º art. 110 C. Co.). En el caso en concreto las actividades inherentes al objeto social son todas aquellas relacionadas con la labor de ingeniería o arquitectura, y si bien el objeto social de la demandante quedó genérico, se entiende que también comprendía la restauración de edificaciones. Así que el rechazo de la oferta es ilegal desde esta posición jurídica. Nuevamente la demandante no demostró ser la propuesta más conveniente.

El Consejo de Estado⁹⁰, Sentencia del 15 de mayo de 2017, expediente 40611, consideró que el ejercicio de una profesión sí exige tarjeta profesional, se debe acreditar por exigencia del pliego de condiciones.

El Consejo de Estado⁹¹ en Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40.660, aclara que el principio de subsanación debe entenderse, a la luz de la Real Academia, como reparar o remediar un defecto, por lo tanto le impide al proponente aportar documentos que mejoren o modifiquen la oferta inicial. Con respecto al criterio subsanable de la capacidad legal, para el Tribunal la capacidad jurídica no es subsanable, pues es una condición imprescindible en el momento de presentar la propuesta, así para las personas naturales haber adquirido la mayoría de edad y para las personas jurídica su capacidad de ejercicio está determinado por el objeto social que les debe permitir ejecutar el objeto del contrato.

D. REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD FINANCIERA

El Consejo de Estado⁹² en Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38.696, estudia el rechazo de una propuesta por no cumplir con los estados financieros y decide protocolizar la propuesta económica sin abrir que le fue devuelta en la audiencia de adjudicación. Si bien la firma del representante legal y del contador constituyen un requisito idóneo para acreditar las condiciones financieras del proponente, para el caso en particular la certificación

90 Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 2017, expediente 40.611.

91 Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40.660.

92 Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38.696.

del contador cobijó los estados financieros y de esta manera se rechazó la propuesta por asuntos meramente formales, así que la aplicación del principio de subsanación deviene de la aplicación del principio de primar lo sustancial sobre lo formal y era posible solicitar dicha subsanación por tratarse de un documento que no otorgaba puntos y por lo tanto no era comparable de ofertas. No se reparó el daño por cuanto no logró el demandante demostrar ser la oferta más conveniente.

El Consejo de Estado⁹³ en la Sentencia del 2 de junio de 2016, expediente 17783, también aplicando el principio de hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal, revisa un rechazo de una propuesta por cuanto en principio al parecer no cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. El rechazo de la propuesta es por haber colocado un ítem repetido. El argumento del demandante es que cometió un error mecanográfico y para ello solicita que se revise toda la propuesta en donde se puede colegir que sí hizo el ofrecimiento del ítem correspondiente, sobre todo porque están ofrecidas las cantidades solicitadas. En este el juez señala que no hay autorización legal para rechazar una propuesta por un error mecanográfico al hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal.

E. LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS ALTERNATIVAS Y PROPUESTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS

El Consejo de Estado⁹⁴ en Sentencia del 7 de diciembre de 2016, expediente 37959, estudia el concepto de propuesta artificialmente baja y su regulación (n. 6.º art. 30 Ley 80), donde se autoriza a los proponentes a presentar alternativas técnicas y económicas que no signifiquen condicionamiento para la entidad. En estos términos, para que sea válida la propuesta alternativa debe ser presentada una propuesta básica, de lo contrario al evaluar la oferta alternativa vulneraría los principios de igualdad y selección objetiva, y violación de normas de libre competencia.

El Consejo de Estado⁹⁵ en Sentencia del 2 de junio de 2016, expediente 17783, estudia la demanda y restablecimiento del derecho contra un acto de adjudicación y el debate jurídico se centra en el rechazo de la propuesta por

93 Consejo de Estado. Sentencia de junio 26 de 2015, expediente 29.555.

94 Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2016, expediente 37.959.

95 Consejo de Estado. Sentencia del 2 de junio de 2016, expediente 17.783.

haber presentado una oferta artificialmente baja. En las consideraciones la Corporación señala que bajo el principio de selección objetiva las entidades están autorizadas para examinar las propuestas consultando los precios de mercado y establecer si los precios ofrecidos están en consonancia con aquellos, y si encuentra que alguna propuesta se encuentra sustancialmente alejada por debajo de los precios oficiales, hay facultad para rechazar la propuesta. Al interpretar el artículo 26 de la Ley 80 lo que se pretende es exonerar a la Administración de toda responsabilidad frente a su contratista cuando en plena ejecución presente reclamaciones económicas y si el contratista presentó precios equivocados debe asumir las consecuencias, ya que es un asunto de su exclusivo resorte. Así que se define artificioso aquel precio que resulta falso, disimulado, muy reducido o disminuido y que dentro del tráfico comercial no está justificado, y por ello debe ser rechazada la propuesta.

F. DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DEL ACTO
DE ADJUDICACIÓN Y NO REPARACIÓN DE PERJUICIOS
POR FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE SER LA OFERTA
MÁS CONVENIENTE

El Consejo de Estado⁹⁶ en Sentencia del 8 de julio de 2016, expediente 30260, estudia el problema jurídico para determinar si la experiencia acreditada por un profesional sí corresponde con la exigida en los pliegos de condiciones y concluye que la prueba pericial es idónea para realizar esta comprobación. Sin embargo, a pesar de eliminar los puntos que otorgaron al profesional el puntaje suficiente con el cual el proponente obtuvo el primer orden de elegibilidad y que pasa a ser segundo en dicho orden, no repara perjuicios por cuanto el demandante no allegó las pruebas para probar los puntos que obtuvo en la evaluación de su propuesta.

El Consejo de Estado⁹⁷ en Sentencia del 28 de enero de 2015, expediente 26.414, si bien declara la ilegalidad de la adjudicación del contrato porque se rechazó la propuesta a pesar que el gerente no tenía limitaciones para contratar, derivado que no fue habilitada durante el proceso de selección, tenía la carga de demostrar que era la oferta más conveniente y para ello debió

96 Consejo de Estado. Sentencia del 8 de julio de 2016, expediente 30.260.

97 Consejo de Estado. Sentencia del 28 de enero de 2015, expediente 26.414.

allegar con la demanda copia de todas las propuestas para que el juez hubiera podido volver a evaluar todas las propuestas y determinar el nuevo orden de elegibilidad con la propuesta que quedó habilitada en el trámite judicial.

CONCLUSIONES

1. Nuestra pretensión es determinar que la libre competencia económica en conexidad con el derecho de la igualdad genera la obligación a las entidades estatales de realizar las actividades que sean posibles y dentro del marco legal tendientes a mantener habilitadas las propuestas que se presentaron al cierre del proceso de selección y en caso que alguna de ellas no cumpla con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, la entidad estatal –aplicando principios como la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el principio de subsanación de ofertas y el principio de selección objetiva según el cual la pluralidad de proponentes permite seleccionar la oferta más conveniente– conserve el mayor número o la totalidad de los proponentes participantes y así seleccionar la mejor oferta. Cuando la Administración pública no aplica los principios enunciados genera, por una parte, sacrificar la posibilidad de seleccionar la oferta más conveniente, pero desde el lado del proponente su insatisfacción por habersele negado el derecho de ser adjudicatario del contrato y que le autoriza a demandar el acto de adjudicación solicitando su nulidad y el restablecimiento del derecho por medio de la reparación de perjuicios como sería el reconocimiento de la utilidad que esperaba obtener si se le hubiera adjudicado el contrato, siempre que demuestre ser el primero en orden de elegibilidad.

2. Para iniciar la demostración, primero tenemos que abordar la licitación pública como regla general para seleccionar al contratista; sería el primer trámite que debe agotar la Administración antes de acudir de manera motivada a otro de los procesos de selección previstos en el ordenamiento. Se define como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en *igualdad* de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable.

En esos términos la licitación pública en ejercicio de la función administrativa busca la protección del interés general mediante las reglas fijadas en los pliegos de condiciones y con unas bases que generan ciertas limitaciones frente a la capacidad del proponente, pero garantizando la publicidad; la transparencia; la promoción de la no discriminación eliminando privilegios

que generen una exclusión no justificada; la garantía de igualdad de oportunidades aplicando tratamiento igual para situaciones iguales siempre en función de la imparcialidad; y la libre concurrencia como desarrollo de la libre competencia que supone la libre posibilidad de participar sin coacción para competir entre interesados en los negocios del Estado y no solo en la presentación de las propuestas, sino en la evaluación de estas, en donde se espera a través de este principio que todos los que ofrezcan garantías al Estado tengan real posibilidad de ofrecer sus bienes, servicios o la ejecución de una obra; todo con el propósito de obtener la oferta más conveniente para el interés general o, en otras palabras, seleccionar entre una pluralidad de oferentes a aquel que ofrezca las condiciones más ventajosas en términos de calidad y costo.

3. Una vez aclarada la licitación pública y las garantías que la irradian nos corresponde determinar en qué actuación administrativa se materializan estos principios fundantes del proceso de selección, y es en la confección de los pliegos de condiciones, documentos que forman parte del procedimiento que se debe agotar para adelantar la licitación pública. El contenido de los pliegos de condiciones se encuentra regulado en la ley como manifestación unilateral de la entidad estatal, en donde por una parte se establece que los pliegos deben garantizar el contenido de reglas objetivas, justas, claras y completas, y por otra parte, frente a los requisitos mínimos habilitantes que deben ser regulados en el mismo texto y que se refieren a la capacidad legal, capacidad financiera, experiencia y organización, los pliegos deben ser “adecuados” y “proporcionales” con la naturaleza del contrato y con su valor. Frente a la naturaleza jurídica por creación jurisprudencial se entiende que los pliegos de condiciones como manifestaciones unilaterales son actos administrativos de carácter general que contienen dos tipos de normas: las reglas de participación que deben cumplir los interesados en presentar un ofrecimiento, aclarándose que a pesar de ser un acto administrativo de carácter general no tiene vocación de permanencia, por cuanto estas reglas de participación desaparecen en el momento de adjudicarse el contrato; la otra norma se refiere a las cláusulas del futuro negocio jurídico, por lo tanto se asegura que, una vez se adjudica el contrato, los pliegos de condiciones mutan al negocio jurídico que se suscribe. Como acto administrativo de carácter general es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa por las acciones correspondientes. Es por medio del pliego de condiciones que se debe garantizar el derecho de igualdad y participación,

de modo que quede proscrito todo tipo de discriminación. Los pliegos de condiciones, una vez publicados, son vinculantes para las partes, para los interesados, por cuanto la propuesta debe cumplir con todos y cada uno de sus requisitos, y para la entidad estatal porque debe evaluar las ofertas a partir de sus reglas.

4. Los pliegos de condiciones una vez publicados se vuelven vinculantes tanto para la entidad estatal como para los proponentes, estos últimos con el derecho, al presentar una oferta, a que se conserve su participación, para lo cual debemos establecer la naturaleza jurídica de este derecho, que en nuestra consideración se trata del ejercicio del derecho a la libre competencia económica que se encuentra regulado en el artículo 333 constitucional, que a su letra establece que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades dentro de los límites del bien común. Se trata de un derecho que no está consagrado en los derechos constitucionales y de un derecho de libertad con las limitaciones constitucionales, que permite a su titular el derecho de participar en un mercado (que en este caso sería el mercado de los contratos públicos), y cuya principal limitación es el bien común; por lo tanto, las limitaciones deben provenir inicialmente del legislador que tiene por ello amplias facultades normativas, máxime cuando se trata de un derecho constitucional no fundamental al ser de carácter económico o patrimonial. Frente al derecho a competir, supone el esfuerzo de dos o más participantes para participar en un mercado que les permita lograr un beneficio económico; entonces se trata del comportamiento de varias empresas que compiten para la obtención de contratos en una relación horizontal, y permite regular las relaciones entre compradores y vendedores que son de orden vertical. Para efectos de la protección judicial la posición de la Corte Constitucional es que las libertades económicas no son derechos fundamentales, así que la libre competencia es susceptible de ser protegida solo mediante acción de tutela cuando se encuentre en conexidad con un derecho fundamental, y que en este caso sería el artículo 13 en concordancia con el ya mencionado artículo 333, ambos constitucionales.

5. Procederemos a evaluar las consecuencias jurídicas en aquellos casos en los cuales la Administración decide rechazar ofrecimientos, de manera que no permite ejercer los derechos de igualdad y libre competencia a los proponentes porque a pesar de que la propuesta no cumplió con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones no se permitió su subsanación, o los pliegos de condiciones regularon reglas vagas e imprecisas y se inter-

pretó el pliego en contra del proponente o se rechazaron ofrecimientos, en general sin aplicar el principio de hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal. Desde la Constitución y el desarrollo legal correspondiente se ha reconocido una jurisdicción especializada para que resuelva los litigios que se generen en virtud de la función administrativa y como un presupuesto de garantía para los asociados en relación con la Administración pública; los mecanismos procesales son las denominadas tradicionalmente acciones contenciosas administrativas, ya sean objetivas (simple nulidad, electoral) o subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual) que tienen su origen en la Constitución.

Se entiende por acción el poder jurídico que se halla en cabeza de quien posee un derecho sustancial que no busca sentencia favorable, sino que se resuelve lo pedido en un juicio; es una facultad para acudir ante las autoridades jurisdiccionales, es un derecho subjetivo que le asiste a cada sujeto jurídico y está en cabeza de todas las personas; y por eso se diferencia de la llamada pretensión administrativa que es la aspiración concreta de un sujeto de derecho para lograr la tutela ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea protegido determinado derecho relacionado con las actuaciones de las entidades públicas; con lo cual se puede decir que la acción es el poder jurídico para hacer valer la pretensión. Se reitera que la pretensión es lo que busca o desea el sujeto de derecho, es lo que pide que le sea concedido por parte del juez, ya tenga su fundamento en una norma legal o en un negocio jurídico. El otro concepto asociado a los anteriores se denomina derecho material, que es la prerrogativa jurídica que concreta la petición jurisdiccional, es decir, el soporte jurídico y particular de la pretensión. Son dos los sujetos inherentes a la pretensión: el actor y el juez; el objeto es el ámbito de pronunciamiento pedido por el demandante, y el instrumento de la pretensión que es la demanda. La reforma contenida en el Código del Proceso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), hoy Ley 1437 de 2011, acepta procesalmente la diferencia de los dos conceptos, así que utiliza el real sentido del concepto de medios de control (pretensiones) y le otorga al concepto de acción contenciosa administrativa su verdadera razón de ser, que es ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia, y se visualiza en el artículo 135 y siguientes de la ley en mención cuando señala los títulos de medios de control.

Frente a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, no solo busca la anulación del acto administrativo que se expide en contravía del

ordenamiento jurídico, sino la protección del derecho subjetivo amparado por una norma, o la reparación del daño causado. Entonces el propósito de esta pretensión es anular el acto administrativo y el reconocimiento y pago de una suma de dinero a título indemnizatorio; se interpondrá por la persona titular del derecho subjetivo; el fallo tendrá doble naturaleza, pues será declarativo frente al acto administrativo y restablecimiento del derecho, pero puede ser condenatorio cuando establezca el cumplimiento de una obligación. El efecto será *erga omnes* frente a la nulidad del acto e *inter partes* con respecto al interés particular. Solo se puede interponer dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto administrativo; de lo contrario, opera la caducidad. Las causales de anulación son las mismas de nulidad de actos administrativos generales. Para nuestro caso se puede demandar el acto administrativo particular y concreto que decide definitivamente la conclusión de un proceso licitatorio como sería el acto administrativo que adjudica un contrato, en el cual se puede pedir la nulidad del acto por haberse expedido ilegalmente y se solicitará el restablecimiento del derecho que puede consistir en permitir que se ejecute el objeto del contrato o en su defecto se solicite la reparación de perjuicios en la cual el juez puede ordenar el reconocimiento de la utilidad que esperaba obtener en caso que se le hubiese adjudicado el contrato.

Actualmente no es necesario demandar la nulidad del acto de adjudicación y la nulidad absoluta del contrato si se llega a perfeccionar dentro de los cuatro meses que es el periodo de caducidad para demandar el acto de adjudicación. Como hay un auto del 2017 proferido por el Consejo de Estado que va en sentido contrario a la actual jurisprudencia del Consejo de Estado en este punto, recomendamos que se demande conjuntamente la nulidad del acta de adjudicación, y del acto de adjudicación y el contrato estatal adjudicado. En el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se encuentran las causales de nulidad absoluta de los contratos (entre las cuales se encuentra que se considera nulo absolutamente un contrato cuando se declaren nulos los actos que sirvieron de fundamento).

6. Finalmente nos queda por presentar la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a las demandas por ilegalidades en la decisión de adjudicar el contrato mediante acto administrativo particular y concreto que en principio es irrevocable y obliga a las partes intervinientes; por lo tanto, quien no esté conforme con su contenido debe proceder a demandar en sede judicial su nulidad y, en el evento de tener derecho, a que se le restablezca este:

6.1 Las primeras sentencias se refieren al hecho de que quien pretenda demandar pueda tener la razón para impugnar el acto de adjudicación, pero debe conocer que hay unos requisitos de procedibilidad que debe cumplir so pena de que le inadmitan la demanda. En primer término, derivado de los cambios normativos en el 2007, el artículo 9.º de la Ley 1150 determinó que la licitación pública se adjudique en audiencia pública, lo cual obliga a las entidades estatales a levantar un acto de todo lo ocurrido durante esta diligencia, incluyendo la decisión donde se elige la oferta que obtuvo el primer orden de elegibilidad; con posterioridad la entidad emite el acto administrativo por medio del cual adjudica el contrato soportado en la decisión que tomó en la audiencia pública. De acuerdo con el Consejo de Estado, se hace necesario demandar de manera concurrente tanto el acta de la audiencia pública de adjudicación como el acto administrativo de carácter particular y concreto por medio del cual se adjudica el contrato estatal. En segundo lugar, se encuentra la necesidad de demandar al adjudicatario y actual contratista que se encuentra ejecutando el contrato estatal por cuanto los efectos de la declaratoria de nulidad pueden afectarlo en sus intereses, por lo tanto en caso de no vincularlo al proceso no podrá ejercer su derecho de defensa para que debata la legalidad del acto, lo que puede generar la nulidad de toda la actuación. Finalmente, hasta la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, por interpretación del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, si se celebraba el contrato estatal estando aún vigente el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se demandaba el acto de adjudicación del contrato, se requería igualmente demandar la nulidad absoluta del contrato si se tuvo conocimiento de dicho perfeccionamiento. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se separaron las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la suscripción del contrato y las pretensiones relativas a las controversias contractuales; por lo tanto, para el Consejo de Estado los actos precontractuales no tienen interdependencia entre los actos previos y el contrato, así que no es necesario demandar la nulidad absoluta de este último, y así lo ha dicho tácita y expresamente en varias sentencias. En auto reciente el Consejo de Estado analiza nuevamente esta situación y considera que se presenta una laguna que debe ser resuelta por las sentencias integradoras del Consejo de Estado y por invocación de la función administrativa y, para evitar que una vez anulados los actos previos de adjudicación se siga ejecutando el contrato, es necesario que en la demanda se incoe conjun-

tamente tanto la nulidad del acto previo de adjudicación como la nulidad absoluta del contrato. Esta posición no ha sido asumida por sentencias del Consejo de Estado emitidas con posterioridad a la fecha del auto del 2017, y se mantiene la posición en cuanto a la no interdependencia de los actos previos y el respectivo contrato. A pesar de lo anterior, consideramos que una precaución que pueden tomar los abogados litigantes para evitar que en el futuro el Consejo de Estado varíe su posición jurídica y termine inadmitiendo demandas por este hecho consiste en demandar de manera conjunta el acto previo de adjudicación y su correspondiente nulidad absoluta del contrato respectivo.

6.2 Frente a los pliegos de condiciones, dice la jurisprudencia que estos se constituyen como la ley del proceso de la licitación pública y del contrato a celebrarse y contienen la voluntad unilateral de la Administración y que someten por adhesión a los proponentes y al contratista favorecido, por lo tanto una vez cerrada la licitación y recibidas las ofertas, se vuelven inalterables e inmodificables, todo con el propósito de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los proponentes. En esos términos, la evaluación, estudio, calificación o rechazo de las propuestas se someten al contenido del pliego de condiciones; así que a la Administración pública le está prohibido apartarse jurídicamente de los criterios o factores de escogencia y se obliga a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los requisitos exigidos para la comparación de propuestas. De igual manera sucede con los particulares, quienes se encuentran obligados a presentar propuestas que cumplan con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones so pena del rechazo de su ofrecimiento. Pero en aquellos escenarios en los cuales los pliegos de condiciones contienen reglas confusas, ambiguas u oscuras, su interpretación será en contra de la Administración por aplicación del artículo 26 de la Ley 80, que en estos términos autoriza al juez a declarar ineficaz de pleno derecho dicha cláusula. De acuerdo con lo expuesto, ante una cláusula ambigua, imprecisa o vaga, que genere interpretaciones diversas, se debe entender a favor del proponente y de la habilitación de su oferta, y no en su contra, pues, lo dijo el Consejo de Estado, se debe interpretar en contra de quien elaboró los pliegos en estas condiciones. Si se rechaza la propuesta, genera la posibilidad de demandar la nulidad del acto de adjudicación y su reparación, pues autoriza al juez a declarar su ineficacia de pleno derecho. Adicionalmente, los plazos regulados en los pliegos de condiciones son perentorios, por lo tanto expedir una decisión por fuera de estos términos

genera la nulidad de toda la actuación, otra vez por violación de los principios de igualdad y libre concurrencia.

Cuando se pretende demandar el acto de adjudicación de un contrato, el demandante tiene una doble carga: primero, demostrar la ilegalidad de la actuación administrativa y, segundo, probar que tiene la propuesta más conveniente para la entidad. Ya en concreto los pliegos de condiciones no pueden contener reglas ilegales por cuanto el juez del contrato podrá proceder a declarar la ineficacia de pleno derecho de la cláusula y una vez declarada proceder a evaluar nuevamente todas las propuestas para determinar el nuevo orden de elegibilidad. En el caso en concreto el Consejo de Estado calificó como ilegal una cláusula de evaluación de las ofertas en la parte técnica y es la referida al “programa de trabajo”, ya que la redacción de la cláusula le permitió al comité evaluador adjudicar los puntos de manera diferencial a los proponentes, sin motivar la adjudicación. Finalmente, el Consejo de Estado no pudo evaluar las ofertas por cuanto no se allegaron al proceso como material probatorio.

Se reitera por parte de la Corporación que los pliegos de condiciones no se pueden modificar por parte de la Administración pública una vez efectuado el cierre del proceso licitatorio y recibidas las ofertas. Por lo tanto, se declara ilegal la declaratoria de desierta por cuanto la Administración pública recibidas las ofertas procedió a modificar los criterios de evaluación de las propuestas, de modo que vulneró la imparcialidad, la objetividad, con lo cual autoriza al juez del contrato a declarar la nulidad del acto. Sin embargo, para reparar los daños se requiere que se demuestre que se tiene la vocación de ser el primero en orden de elegibilidad y que en el caso en concreto no sucedió. Los pliegos de condiciones no pueden contener reglas discriminatorias; cuando se consagra una regla que adjudica puntos de experiencia por prestar el servicio en el lugar de ejecución del contrato, se considera que discrimina a quienes no son del lugar, y así declara la ineficacia de pleno derecho.

6.3 Frente a la capacidad legal, se ha reprochado el rechazo de propuestas por la ausencia del certificado de existencia y representación; el Consejo de Estado considera que, siendo un requisito habilitante, antes de proceder al rechazo de la propuesta debió requerirse al proponente para que allegara este documento no comparativo de propuestas y en aplicación del principio de selección objetiva al aplicar el principio de subsanación se hubiera podido habilitar el proponente y permitirle competir para ser seleccionado como la

mejor propuesta. En la selección objetiva de las propuestas, para el tribunal prima lo sustancial sobre lo formal y es un principio que orienta las decisiones frente a la presentación de propuestas. Para efectos de la reparación de perjuicios, como la adjudicación de las propuestas económicas estaba supeditada al azar, el Consejo de Estado consideró que la habilitación de la propuesta no le generaba una reparación de la utilidad que esperaba obtener, pues todos los habilitados tenían una opción de ser los adjudicatarios, así que la utilidad la fraccionó entre todos los opcionados.

En otra jurisprudencia, el pliego de condiciones exigió que el objeto social de los proponentes tuviera “restauración de edificaciones”; la pregunta es si debía ser rechazada la propuesta de quien no tuviese este objeto tan específico. Según la Corporación, el objeto social de la persona jurídica define la capacidad jurídica, en el entendido que el Código de Comercio tiene como criterio el objeto específico o definición precisa de las actividades comerciales de la empresa que se forma. En la interpretación del artículo 110 del Código de Comercio se establece que comprende dentro del objeto las actividades directamente relacionadas. Para resolver el caso en concreto, la empresa había incluido todas las labores inherentes al ejercicio de las profesionales de ingeniería y arquitectura, y al revisar la Ley 435 de 1998 allí se menciona que entre estas labores se encuentra “restauración de un edificio o grupo de edificios”. En esos términos, concluye que el objeto social de la demandante le permitía ejecutar el objeto del contrato “restauración de edificaciones”, y así se debieron interpretar los pliegos de condiciones, sobre todo porque hay que agregar que la entidad estatal evaluó la experiencia de la empresa y dio validez a esta.

Para el Consejo de Estado es válido que a ciertos tipos de profesionales se exija la acreditación de la tarjeta profesional, sobre todo en el entendido que las leyes regulan el ejercicio de la profesión u oficio, así que consideró válido el rechazo de la propuesta por cuanto el ejercicio de la enfermería exige tarjeta profesional y estas no se allegaron con la propuesta.

En aplicación del principio de subsanación de propuestas, para el Consejo de Estado ello no implica que el proponente tenga derecho a aportar documentos que modifiquen o mejoren su propuesta, así que la aplicación del principio debe ser excepcional, por cuanto la carga de cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones es del proponente. Sin embargo, para el Consejo de Estado lo anterior no exime a la Administración pública de requerir al proponente para que subsane do-

cumentos no comparativos de propuestas, pues tiene el deber de abstenerse de rechazar dicho ofrecimiento. Frente al caso en concreto, la capacidad de ejercicio de las personas naturales se resuelve con la acreditación de la mayoría de edad, y respecto de las personas jurídicas con el objeto social; en este caso lo subsanable se refiere solo a las personas jurídicas, a las limitaciones que tenga el representante legal.

6.4 En lo que respecta al requisito habilitante denominado capacidad financiera, para el caso en concreto la oferta contenida dentro de los documentos aportados contenía una certificación expedida por el representante legal y por el contador, y para el tribunal la firma de esta certificación cobijó toda la información relacionada con los estados financieros del demandante y el rechazo de la propuesta fue por asuntos meramente formales. En este caso, en aplicación del principio de subsanación, la entidad estatal hubiera podido requerir al proponente para que suscribiera los documentos financieros por tratarse de un documento no comparativo de propuestas, con lo cual hace prevalecer lo sustancial sobre lo formal. Ya en la reparación de perjuicios el demandante no logró demostrar su vocación de ser el primero en orden de elegibilidad. En otra sentencia, donde el Consejo de Estado resuelve aplicando también el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, el demandante le plantea a la Administración que cometió un error mecanográfico, y recordando sentencias anteriores la Corporación se ha pronunciado en el sentido de señalar que no es válido un rechazo por asuntos nimios o inútiles que no den el alcance para el rechazo del ofrecimiento. Para el caso en concreto se trataba de un error mecanográfico por cuanto de la lectura de la propuesta se colegía que se estaba refiriendo el documento en relación con el ítem que estaba ofreciendo y así saltaba a la vista y ya para la reparación de perjuicios el Consejo de Estado validó la evaluación efectuada por los peritos para demostrar que el demandante tenía vocación para ser el primero en orden de elegibilidad.

6.5. En cuanto a las propuestas alternativas, para que la entidad estatal proceda a su estudio el proponente debe haber presentado una oferta básica y haber obtenido el primer orden de elegibilidad para proceder al estudio de la alternativa técnica y económica. Respecto del criterio para determinar cuándo una propuesta es artificialmente baja que permita su rechazo, debe haberse presentado con un precio artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, y se agrega que no se presente una sustentación o fundamento dentro del tráfico comercial, así que dicho precio no pueda

ser justificado y allí es donde la Administración está en imposibilidad de admitirlo. Siempre la primera comparación será con los precios de mercado obtenidos por la entidad estatal.

6.6 Finalmente, el Consejo de Estado validó para acreditar el no cumplimiento de los requisitos establecidos por el pliego de condiciones para la valoración del personal mínimo la constitución de una prueba pericial, la cual concluyó que los profesionales del área de la ingeniería no cumplían con los perfiles exigidos en los pliegos de condiciones, con lo que disminuyó los puntos con los que el proponente ganador había obtenido el primer orden de elegibilidad. Sin embargo, a pesar que el demandante pasa a ser el primero en orden de elegibilidad, el Consejo de Estado no le concede la reparación de perjuicios por cuanto no allegó las propuestas para hacer una nueva evaluación de estas y determinar el nuevo orden de elegibilidad. En otro caso se declaró la ilegalidad de la adjudicación, pero, como quedó inhabilitada la propuesta, debió aportar a la demanda todas las propuestas para evaluarlas nuevamente, incluyendo la propuesta del demandante, y sacar un nuevo orden de elegibilidad y así determinar si era la oferta más conveniente.

7. Como se puede observar, en la mayoría de los casos traídos a colación en este estudio de la jurisprudencia entre los años 2015 y 2018, la Administración pública cometió errores en la evaluación de las propuestas, que les permitieron a los proponentes a los cuales se les negó el derecho a ser adjudicatarios del contrato demandar en sede judicial la nulidad del acto de adjudicación por ilegal y la solicitud de reparación de perjuicios que este acto les generó. Es así como unos pliegos de condiciones que contengan reglas vagas, imprecisas y confusas no se pueden interpretar en contra del proponente sino de la propia Administración; o aquellos pliegos de condiciones que contienen cláusulas que le permiten al comité evaluador manipular sin justificación la adjudicación de puntos le posibilitan al juez del contrato calificar su ineficacia de pleno derecho; o la prohibición para la Administración pública de modificar los pliegos de condiciones después de recibidas las ofertas hace que el juez declare la ineficacia de pleno derecho de esa modificación, y ello incluye que los plazos para adelantar el trámite son perentorios y tomar decisiones por fuera de estos plazos hace anulable el acto administrativo así proferido, por fuera de competencia. Otras irregularidades se encuentran en rechazar una propuesta porque no allegó un certificado de existencia y representación; o no indagar en otros ordenamientos como se interpreta el objeto social y otras actividades relacionadas. Como aplicación

del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, frente a los estados financieros se considera que la certificación expedida por el representante legal y el contador cubre el contenido de los estados financieros, y, en caso de requerirse, este aspecto puede ser subsanado, y en cuanto a errores de digitación, un error mecanográfico en donde en la interpretación de la propuesta se puede colegir la información real no puede dar lugar a su rechazo. Esto significa que el comportamiento de la Administración de manera reiterada en la evaluación de las propuestas vulnera los principios constitucionales de igualdad y libre competencia económica y genera las correspondientes demandas para anular los actos administrativos de adjudicación del contrato y la correspondiente reparación de perjuicios por el daño ocasionado por este acto irregular, donde la entidad estatal termina cancelando dos veces la utilidad que esperaba obtener el adjudicatario del contrato a quien se le negó este derecho y al que ejecutó el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BARRETO, SEBASTIÁN. Traducción de una reseña bibliográfica del texto de ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS. “Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia”, *Revista Digital Departamento de Derecho Administrativo*, n.º 15, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2016.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal*, 2.^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- CORREA HENAO, MAGDALENA. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- DROMI, JOSÉ ROBERTO. *Licitación pública*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1977.
- DROMI, ROBERTO. *Licitación pública*, 5.^a ed., Ciudad Argentina, Hispania Libros, Buenos Aires, Madrid, México, 2017.
- DURÃO, PEDRO. *Licitación pública. Parámetro y supranacionalidad*, Juruá, Lisboa, 2016.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, Legis, Bogotá, 1999.

- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la Administración pública en el derecho colombiano y el español. Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- GALINDO VÁCHA, JUAN CARLOS. *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*, vol. 1, 2.^a ed., Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- GARCÍA ALCORTA, JOSÉ. *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, Barcelona, 2008.
- GARCÍA VITORIA, IGNACIO. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- GARZÓN MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito – sistema oral. Debates procesales (Ley 1437 de enero 18 de 2011)*, Doctrina y Ley, 2014.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR. *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie 10 Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, junio de 2010.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL. *La contratación administrativa en Colombia. Doctrina y jurisprudencia*, Librerías Jurídicas Wilches, Bogotá, 1990.
- HERRERA BARBOSA, BENJAMÍN. *Régimen de contratación estatal. Principios de la contratación estatal*, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. “La Libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Letras Jurídicas*, vol. 9, n.º 2, septiembre de 2004.
- MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Manuales. Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SABOGAL BERNAL, LUIS FERNANDO. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT. *Publica Procurement and the Eu Competition Rules*, Competition Lay, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford y Portland, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2017.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059

Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2007, radicación 15475

Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40660

Consejo de Estado. Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 21060

Consejo de Estado. Auto del 25 de junio de 2014, expediente 49299

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041

Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2007, radicación 15475

Consejo de Estado. Sentencia del 3 de junio de 2015, expediente 31211

Consejo de Estado. Sentencia del 1.º de abril de 2016, expediente 39598

Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2018, expediente 38339

Consejo de Estado. Sentencia del 14 de febrero de 2018, expediente 37485

Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2017, expediente 58362

Consejo de Estado. Sentencia del 12 de junio de 2017, expediente 51364

Consejo de Estado. Sentencia del 12 de junio de 2017, expediente 51364

Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 2017, expediente 40611

Consejo de Estado. Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 35163

Consejo de Estado. Sentencia del 7 de diciembre de 2016, expediente 37959

Consejo de Estado. Sentencia del 2 de junio de 2016, expediente 17783

Consejo de Estado. Sentencia del 8 de julio de 2016, expediente 30260

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38696

Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40660

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 29555

Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40660

Consejo de Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34510

Consejo de Estado. Sentencia del 28 de enero de 2015, expediente 26414

CONTRIBUCIONES DEL AUTOR AL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “Financiación de los partidos políticos”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, v. 1, fasc. 13, pp. 105-113, 2002.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “Contratación con organismos de cooperación internacional”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, v. 1, fasc., pp. 85-98, 2004.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “Manual de Contratación de la Administración pública. Reforma Ley 80 de 1993”, en *Colombia 2009*, Universidad Externado de Colombia.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “La urgencia manifiesta. Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución”, en *Colombia 2003*, v. 1, Universidad Externado de Colombia.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “Manual de contratación de la Administración pública. Ley 80 de 1993. Una explicación de sus principales instituciones a partir de la exposición de motivos de la ley, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa y la doctrina”, en *Colombia 2005*, v. 1, p. 685, Universidad Externado de Colombia.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “El concurso de méritos. Contratación estatal: estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007”, en *Colombia, 2005*, pp. 207-252, 8.^a ed., 2009.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “La licitación pública. Contratación estatal: estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007”, en *Colombia, 2005*, pp. 163-205, Universidad Externado de Colombia, 2009.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “La ausencia de adecuados estudios previos como una causa imputable a la administración que genera desequilibrio económico en los contratos administrativos y su nulidad”, *1 Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 343-367.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. “Es nulo, por violación del debido proceso, el fallo de destitución de un funcionario público soportado en el desconocimiento de los principios de la función pública o de la contratación administrativa”, *Memorias y Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 615-638.