

PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Los procedimientos de selección de los contratistas, en este caso la licitación pública, están antecedidos por una «fase previa» en la que se realizan actuaciones preparatorias anteriores a la apertura del procedimiento de selección. En esta etapa se le exige a la Administración que examine las condiciones de lo que pretende contratar, y que posteriormente expida un documento donde se establezcan las condiciones que regirán el procedimiento, y se someta a consideración del público en general, mediante el *proyecto de pliego de condiciones*. Con esto se materializan varios principios de la contratación estatal, dentro de los que se encuentra el de planeación, transparencia y publicidad. Partiendo de la importancia del tema, en este texto se analizarán, entre otros elementos, su marco normativo, contenido esencial y su composición dogmática.

Introducción

La celebración del contrato estatal supone la existencia de una etapa previa donde se cumplen diferentes requisitos y actividades, que se desarrollan, sobre todo, con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección. Esta fase tiene una relevancia especial para la contratación estatal, porque materializa diferentes principios, especialmente la planeación, la economía, la eficacia y la eficiencia. Esto se materializa, entre otros documentos, en los estudios previos, que definen diferentes condiciones para todo el procedimiento, los cuales sirven de base para la expedición del documento donde se condensan todos estos requisitos.

Las reglas que se expedirán para el procedimiento, y que regirán la selección del contratista, exigen una transparencia y publicidad especial, de ahí que se ponga a consideración del público una versión provisional, para que cualquiera, y especialmente los «interesados», se pronuncien al respecto, presentando observaciones o solicitando aclaraciones. Esto supone una colaboración con la Administración, pues ayuda a perfeccionar el contenido del pliego de condiciones, aunque aquellas no sean vinculantes para la Administración. La importancia del

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de abril de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

proyecto de pliego de condiciones justifica su análisis, de ahí que en este texto se estudiarán, entre otros elementos, su marco normativo, contenido esencial y su composición dogmática.

1. Marco normativo del proyecto de pliego de condiciones

La elaboración y publicación del *proyecto de pliego de condiciones* también surge como la materialización de principios de la contratación estatal, y en general de la administración pública, tal como lo estableció su regulación. Si bien el fundamento jurídico principal del *prepliego*, actualmente, está en la Ley 1150 de 2007, el antecedente más próximo del mismo se encuentra en el Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993. Lo anterior permite destacar una idea importante: el *proyecto de pliego* no tiene antecedentes en los estatutos de contratación anteriores –Decreto ley 222 de 1983 y Decreto ley 150 de 1976–.

El reglamento *ibidem*, al desarrollar el principio de transparencia de la actividad contractual, estableció que las entidades publicarán los *proyectos de pliego de condiciones* o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con la finalidad de suministrar al público en general la información que le permita realizar observaciones al contenido de los documentos –artículo 1–.

Así mismo, determinó que los documentos, en la licitación y el concurso público, se publicarían en la página web de la entidad mínimo 10 días calendario antes de la fecha del acto que ordenaba la apertura del procedimiento de selección, y que las observaciones al *proyecto de pliego* o términos de referencia podían presentarse dentro del término de los 10 días. Además, que su publicación no implicaba que las entidades tuvieran la obligación de abrir el procedimiento de selección –artículo 1–. El inciso final de la norma estableció que en los casos en que la entidad estatal no tuviera la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegurara la inalterabilidad del documento, debía publicar un aviso en el que informara el lugar donde podía consultarse, de forma gratuita, el *proyecto de pliego* o de términos de referencia. El aviso se publicaría en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o por algún mecanismo, determinado por la autoridad, de modo que permitiera a la ciudadanía conocer su contenido –artículo 1–.

Posteriormente, el Decreto 2434 de 2006 modificó parcialmente el Decreto 2170 y, concretamente, derogó el artículo 1. El nuevo decreto estableció su propia regulación del *proyecto de pliegos*, específicamente dispuso que las entidades publicarían el *prepliego* o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con la intención de suministrar al público la información que le permitiera formular observaciones al contenido del documento –artículo 1–.

La disposición mantuvo que la publicación del *proyecto de pliego* o los términos de referencia no generaba la obligación de abrir el procedimiento de selección. Igualmente, se determinó que la publicación del *prepliego* se haría en el Portal Único de Contratación. El reglamento también consagró que, en los casos en que no se tuvieran los recursos tecnológicos que aseguraran la conectividad para enviar la información al Portal –artículo 1–, la entidad lo reportaría al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los dos meses siguientes a la publicación del decreto, estableciendo que se informaría la estrategia y el plan de acción que implementarían dichas entidades para cumplir con la obligación, señalando el lugar donde podían consultarse, gratuitamente, los documentos que se tuvieran que publicar, como es el caso del *prepliego* –artículo 5–.

Posteriormente se expidió la Ley 1150 de 2007, donde se encuentra actualmente el fundamento jurídico principal del *proyecto de pliego de condiciones*. En esa medida, la respectiva regulación determinó que, con el propósito suministrar al público la información que le permita formular observaciones a su contenido, la entidad publicará los *proyectos de pliego de condiciones* o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. Adicionalmente, establece que la información publicada tiene que ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna –artículo 8–³.

La disposición también señala que la publicación del *proyecto de pliego de condiciones*, o sus equivalentes, no supone la obligación de expedir el acto administrativo que abre el procedimiento de selección. Se exige, igualmente, que junto al proyecto de pliego de condiciones se publiquen los estudios y documentos previos que sirven de fundamento para su elaboración. La norma establece que la entidad tiene que publicar las razones por las que acoge o rechaza las observaciones a los *proyectos de pliego*. Finalmente, el párrafo de la disposición determina que no es obligatorio tener la disponibilidad presupuestal para realizar su publicación –artículo 8–.

³ La norma establece: «Artículo 8. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

»La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

»Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

»Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

»Párrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de Pliego de Condiciones».

Se considera, entonces, que la regulación del *proyecto de pliego de condiciones* es, en esencial, muy estable, y que las modificaciones normativas no supusieron mayores transformaciones. Por el contrario, en las tres disposiciones se determinó la necesidad de que la entidad publicara el *prepliego*, para que estuviera al alcance del público en general, y que con base en la información que aportara, los «interesados» formularan observaciones. Otra similitud es que, en ningún caso, con su publicación, se le genera a la entidad la obligación de expedir el acto administrativo de apertura del respectivo procedimiento de selección. Aunque la esencia se mantenga, se advierte que si existen cambios de la regulación anterior a la actual.

El Decreto Reglamentario 2474 de 2008 estableció que la entidad estatal debería publicar el *proyecto de pliego de condiciones* cuando la selección del contratista se hiciera en las modalidades de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada. Adicionalmente, determinó que se tendría que publicar, como mínimo, con 10 días hábiles de antelación a la fecha en que se expidiera el acto que ordenara la apertura del procedimiento, en el caso de la licitación y el concurso de méritos con propuesta técnica detallada –artículo 9–.

La disposición también consagró que las observaciones *al proyecto de pliego de condiciones* tenían que presentarse en los mismos términos; además, que el pliego de condiciones definitivo podía incorporar los temas formulados en las observaciones, siempre que se consideraran relevantes, pero que, en todo caso, la aceptación o rechazo se tendría que hacer de forma motivada, para lo cual la entidad agruparía las que tuvieran naturaleza común –artículo 9–.

El reglamento también determinó que si el procedimiento de selección se declaraba desierto, la entidad podría iniciarlo nuevamente prescindiendo de la publicación *del proyecto de pliego de condiciones*, variando los elementos que considerara necesario, realizando los ajustes en las cantidades y el presupuesto que requiriera, pero sin modificar el objeto de la contratación –artículo 72–. En otra disposición estableció que en el proyecto de pliegos se tenían que tipificar los riesgos que se pudieran presentar en la ejecución del contrato, para cuantificar la posible repercusión en la ecuación financiera, y determinar quién los soportará, total o parcialmente –artículo 88–.

Por otro lado, el Decreto 734 de 2012 estableció su regulación de los *proyectos de pliego de condiciones*. En la misma línea del reglamento anterior, determinó que los estudios y documentos previos servirían de soporte para su elaboración, y que ambos documentos se publicarían simultáneamente –artículo 2.1.1.–. En la normativa se mantuvo la obligación de que las entidades –para la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos–, en el proyecto de pliego de condiciones, tipificara los riesgos que se pudieran presentar en el desarrollo del contrato, para estimar cualitativa y cuantitativamente la

probabilidad e impacto, además del sujeto que soportaría, total o parcialmente, la ocurrencia de las circunstancias previstas –artículo 2.1.2–.

En cuanto a la publicación, se señaló que la entidad sería la responsable de publicar, en el SECOP, el proyecto de pliego y la indicación del lugar físico o electrónico donde se podrían consultar los estudios y documentos previos –artículo 2.2.5., numeral 2–. También especificó que debía publicar las observaciones y sugerencias al proyecto, y el documento que contuviera las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas –artículo 2.2.5., numeral 3–.

También se consagró que si la entidad publicaba el *proyecto del pliego de condiciones* se publicaría, mínimo, con diez días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordenaba su apertura, con la con Propuesta Técnica Detallada (PTD), para la licitación y el concurso de méritos. La disposición mantuvo la determinación de que la publicación del *prepliego* no generaba obligación para la entidad de abrir el procedimiento de selección –artículo 2.2.6.–. Por otro lado, se señaló que las observaciones tenían que presentarse en los 10 días dispuestos; además, que el pliego de condiciones definitivo podía incluir los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimaran relevantes, y que su aceptación o rechazo se haría de manera motivada, agrupando las de naturaleza común – artículo 2.2.6–.

Adicionalmente, y manteniendo lo dispuesto en el anterior decreto reglamentario, se estableció que si el procedimiento se declaraba desierto, la entidad podría iniciarlo nuevamente prescindiendo de la publicación del *proyecto de pliego de condiciones*, variando los elementos que considerara necesario, realizando los ajustes en las cantidades y el presupuesto que requiriera, pero sin modificar el objeto de la contratación –artículo 3.3.4.7–.

El Decreto 1082 de 2015 es el actual decreto reglamentario del Estatuto General de Contratación de la Administración pública, en el se compiló el Decreto 1510 de 2013. Esta normativa establece que la entidad estatal tiene que publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del procedimiento de selección, dentro de los tres días siguientes a su expedición; además, que se tienen que publicar oportunamente en el SECOP, entre otros, el *proyecto de pliego de condiciones*, para que los interesados puedan presentar las observaciones o solicitar aclaraciones –artículo 2.2.1.1.1.7.1.–⁴. Posteriormente,

⁴ La norma estableció que: «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

»La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos

señala que los comentarios al *prepliego* se pueden formular a partir de la fecha de su publicación: durante un término de 10 días hábiles en el procedimiento de la licitación pública –artículo 2.2.1.1.2.1.4.–⁵.

Ninguna norma del Decreto 1082 de 2015 estableció de forma explícita, desde cuándo y por cuánto tiempo debe publicarse el *proyecto de pliego de condiciones*; sin embargo, si determinó que los documentos del proceso, dentro de los que se encuentra el *prepliego* por ser «cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación» –artículo 2.2.1.1.1.3.1.6–, tendrán que publicarse dentro de los tres días siguientes a su expedición; además, que se publicará, mínimo, 10 días, porque es el término que se tiene que garantizar para presentar observaciones. Así las cosas, estará en el SECOP, máximo, a los tres días que se expida, y a partir de ahí, se contarán como mínimo diez días hábiles, sin que exista un tiempo máximo para ello.

Como se explicó, existen situaciones que se modificaron con el cambio de regulación del *prepliego* de los decretos 2170 de 2002 y 2434 de 2006 a la Ley 1150 de 2007. En los dos decretos anteriores a la Ley 1150 de 2007, se determinó que la publicación tenía que hacerse, como mínimo, diez días antes de la apertura de la licitación, término que no se mantuvo en la regulación actual; por el contrario, la normativa carece de un término explícito, pero se considera que no podrá ser menor a diez días –manteniendo las condiciones de los decretos anteriores–, porque es el requerido para que se presenten observaciones.

de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto».

⁵ La norma dispuso que: «Artículo 2.2.1.1.2.1.4. *Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones*. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos».

⁶ El Decreto 1082 define varios conceptos, entre los que se encuentran los Documentos del Proceso, que describe de la siguiente forma: «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

»[...]

»Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación».

Otro cambio relevante es el lugar donde debe publicarse. En el Decreto 2170 de 2002 se hacía, como regla general, en la página web de la entidad; sin embargo, si no tenía página web o infraestructura tecnológica y de conectividad que asegurara la inalterabilidad del documento, se tenía que publicar un aviso, en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, donde podía consultarse de forma gratuita.

El Decreto 2434 avanzó en la centralización de la publicidad, y estableció que tendría que hacerse en el Portal Único de Contratación, pero introdujo una excepción, para los casos en que la entidad no contara con los recursos tecnológicos necesarios que garanticen la conectividad adecuada, teniendo que reportarlo al Ministerio de Comunicaciones y señalar un sitio donde puedan consultarse gratuitamente. Finalmente, lo consagrado en el Decreto 1082 de 2015 centraliza completamente la publicidad del *prepliego*, así que solamente hay una posibilidad: hacerlo en el SECOP.

2. Proyecto de pliego de condiciones: consideraciones generales y dogmáticas, naturaleza jurídica y obligatoriedad del requisito

Lo dispuesto en la Ley 1150, artículo 8, determina las reglas más relevantes que sirven de marco y fundamento jurídico del *proyecto de pliego de condiciones*. Lo primero es la posibilidad que «interesados» en participar en el procedimiento de selección, y cualquier persona –natural o jurídica–, formule observaciones al documento. Así, en cumplimiento del principio de transparencia, y también del de publicidad, es necesario que el *prepliego* se publique y que, adicionalmente, reciba las observaciones o comentarios que los ciudadanos presenten. En la misma medida, es determinante que las mismas se valoren y se responsan por parte de la entidad.

Es una cuestión fundamental, debido a que esta etapa del procedimiento de selección se le permite a la población, y particularmente a los «interesados», involucrarse con las condiciones generales que tendrá el procedimiento de selección una vez abierto, y que se materializará en el pliego de condiciones definitivo. Esa participación activa permite que los ciudadanos adviertan posibles falencias o errores en el *prepliego*, lo que le facilita a la Administración que las reglas finales del procedimiento se encuentren lo más ajustadas posibles a lo requerido, especialmente en los aspectos técnicos y de mercado.

Como se explicó, el Decreto 1082 de 2015 estableció que la entidad tiene que otorgar, mínimo, diez días hábiles para presentar las observaciones –artículo 2.2.1.1.2.1.4–. En esa medida, en la misma línea que Colombia Compra Eficiente, se considera que los plazos podrán ampliarse, pero nunca restringirse, de

conformidad con las normas de la licitación pública⁷. Otra regla determinante es que la entidad tiene que pronunciarse acerca de la pertinencia de adoptar o rechazar las observaciones, y la decisión tiene que ser motivada, en cualquiera de los casos. Si bien se establece que las observaciones tienen que responderse, no se especifica el momento en que se tiene que hacer, es decir, no hay límite explícito para que la Administración se pronuncie.

Colombia Compra Eficiente explica que esa circunstancia no implica que no haya un límite, sino que, aunque no hay un término expreso, este se constituye con la promulgación del acto administrativo de apertura del procedimiento, es decir, que la entidad debe responder las observaciones con anterioridad a la expedición del acto administrativo de apertura y el pliego de condiciones definitivo⁸.

Otra regla determinante es que ni la publicación ni la elaboración del *proyecto de pliego* supone que se le genere a la entidad la obligación de abrir el procedimiento de selección. Así, la entidad mantendrá la competencia de elegir si expedir el acto administrativo de apertura del procedimiento, o si debido a consideraciones, sobre todo de oportunidad y conveniencia, no hacerlo. Los análisis que la Administración hace para determinar si abrir y cómo abrir el procedimiento de selección son variadas, y justamente la *publicación del proyecto de pliego* tiene especial relevancia en ellas, porque es la materialización de una etapa de planeación, constituida de todos los estudios y análisis previos; sin embargo, al revisar y estudiar las observaciones, e incluso al hacer sus propias reflexiones, puede determinar que no es procedente abrir el procedimiento, bien sea porque las condiciones establecidas en el *prepliego* no sean las correctas, porque con las condiciones del negocio no se satisfacen las necesidades de la entidad, o debido a que ya no se requiera contratar.

Aunque la información que se publique sea «provisional», y esté sujeta a cambios, el artículo *ibidem* sí exige que la información sea responsable, ecuánime, suficiente y oportuna. Como se explicó, y como estableció explícitamente la norma, la información contenida en el *proyecto de pliego* es la materialización de los estudios y documentos previos, es decir, que su elaboración ya contiene un nivel de exactitud muy importante, porque es el resultado de diferentes análisis estrictos que hizo la entidad. Así que, aunque la información está sujeta a evaluación, y sobre todo a los comentarios de los interesados, tiene que tener un nivel de exactitud y conciencia importante, de lo contrario demostraría que la entidad falló en la etapa de planeación que precede al *prepliego*.

⁷ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-323 de 2020. Radicado: 2202013000004580.

⁸ *Ibid.*

El contenido que tendrá el *proyecto de pliego* se corresponde con la información que contendrá el pliego de condiciones definitivo, porque justamente aquel es una «primera versión» de este. En esa medida, tendrá cada uno de los elementos que la ley exija para el pliego, aunque lo que se determinó en el *prepliego* no tenga que mantenerse de forma integral en la versión definitiva del documento. Entonces, que se permita la modificación de las reglas que integra el documento para su versión definitiva, no supone que para la elaboración y publicación del *prepliego* se pueda prescindir de alguno de sus elementos, sino que se pueden perfeccionar para el documento final.

Hecha esta advertencia, se resalta que el contenido del pliego de condiciones, y por lo tanto del *proyecto de pliego*, está definido en la ley y en el reglamento. Así, la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5, estableció que en virtud del principio de transparencia, los pliegos de condiciones: *primero*, definirían los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección. *Segundo*, identificarían las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos y que aseguren una escogencia objetiva. *Tercero*, determinarían las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del contrato. *Cuarto*, evitarían incluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos. *Quinto*, definiría reglas que no induzcan a error a los proponentes, además, de impedir que se formulen ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. *sexto*, determinaría el plazo para la liquidación del contrato teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía y, finalmente, las reglas de adjudicación del contrato.

Adicionalmente, el Decreto 1082 definió los elementos mínimos del pliego de condiciones y, por tanto, del *prepliego*. En esa medida, estos documentos, mínimamente, tienen que contener: *i)* la descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios de ser posible, de lo contrario, con el tercer nivel del mismo; *ii)* la modalidad del proceso de selección y su justificación; *iii)* los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar; *iv)* las condiciones de costo o calidad que la entidad tendrá en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista; *v)* las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato; *vi)* las causales de rechazo de las ofertas; *vii)* el valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si habrá anticipo, de ser así, indicará su valor, que tendrá en cuenta los rendimientos que pueda generar; *viii)* los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes; *ix)* las garantías exigidas en el procedimiento de contratación, y sus condiciones; *x)* la identificación de si la entidad y el contrato

están cubiertos por un acuerdo comercial; *xi*) los términos, condiciones y minuta del contrato; *xii*) los términos de la supervisión o de la interventoría; *xiii*) el plazo dentro del cual puede expedir Adendas y *xiv*) el cronograma⁹.

Otra consideración para destacar es la naturaleza del *proyecto de pliegos de condiciones*, el cual constituye un documento que tienen información determinante para el procedimiento de selección que se pretende tramitar; sin embargo, esta no es definitiva, sino que toda es provisional, y no será sino hasta la expedición del pliego de condiciones definitivo que se «formaliza» todo el contenido, que, como se explicó, pudo modificarse. No obstante lo anterior, la similitud en forma, aunque no en alcance, que tiene el *prepliego* y el pliego, introduce cuestionamientos determinantes en la definición de su naturaleza jurídica.

La impresión formal del documento implica que, en un primer momento, se pueda identificar como un acto administrativo; sin embargo, la característica fundamental, y diferencial de este –su provisionalidad–, supone que se revise lo que es en contraste con la definición de esta forma de actuación administrativa. Para empezar, se señala que, pese a las múltiples acepciones de acto administrativo, aquí se define como: una declaración unilateral de voluntad de una entidad estatal que se expide en ejercicio de función administrativa, electoral o de control, y que produce efectos jurídicos.

⁹ La disposición establece que: «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. *Pliegos de condiciones*. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

»1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

»2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

»3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

»4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

»6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

»7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

»8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

»9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

»10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

»11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

»12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

»13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

»14. El Cronograma».

En este caso, no se cumple con los elementos, pues no constituye una declaración unilateral de voluntad de la entidad, porque no se toma una decisión por parte de la Administración, tampoco se emite una opinión o un juicio, sino que es un documento «borrador», una proyección inicial, aunque muy bien estructurada, de lo que será el pliego de condiciones que sí vinculará, con el alcance propio de él, a la Administración.

Otra situación por examinar es qué ocurre cuando la entidad omita su elaboración, y si esto repercute directamente en la validez del procedimiento de selección o en el contrato. Al respecto, se considera que no afecta la validez, porque con esto no se incurre en las causales de nulidad. Estas se establecieron en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, donde se determinó que son *absolutamente nulos*, en los casos previstos en el derecho común, y cuando: *i)* se celebran con personas incurso en las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, *ii)* se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, *iii)* se celebren con abuso o desviación de poder, *iv)* se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y *v)* se celebren con desconocimiento de los criterios del artículo 21, sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o con violación de la reciprocidad.

El análisis necesario para identificar si tiene repercusión en la validez parte de examinar las disposiciones ordinarias que regulan la materia, es decir, la regulación de la legislación privada. En primer lugar, el Código Civil determinó que son nulos los celebrados por personas absolutamente incapaces, cuando tengan objeto o causa ilícita, o cuando omitan algún requisito o formalidad que la ley imponga –artículo 1741–. Cuando no se elaboran *proyectos de pliego de condiciones* no se está materializando ninguna de las causales, y por lo tanto, desde el análisis de las causales establecidas en el derecho privado el contrato seguiría siendo válido. Luego de esto, se tiene que determinar si está incurso en cualquiera de las causales dispuestas en el artículo 44 de la Ley 80, lo cual se considera que, en principio, no ocurre.

Adicionalmente existen consecuencias de carácter personal, es decir, recaerán sobre el servidor público. La Ley 734 de 2002, numeral 31, artículo 48, y la Ley 1952 de 2019, numeral 3, artículo 54, consagraron que constituye falta el participar en la etapa precontractual, o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley. La primera norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-818 de 2005, pero se condicionó a que la conducta constitutiva de la falta gravísima

tendría que ser de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa, o en normas legales que desarrollen estos principios¹⁰.

El caso analizado se podría enmarcar en la causal de falta descrita, y cumplir con lo explicado en la sentencia de constitucionalidad, porque la elaboración y publicación del *proyecto de pliego de condiciones* desarrolla directamente principios de la contratación, como es el caso de la transparencia y la publicidad. Adicionalmente, como concreción del principio de responsabilidad, se dispuso que las entidades y los servidores públicos responderán por abrir licitaciones sin la elaboración previa de los pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarias –numeral 3, artículo 23–.

Al respecto es importante cuestionarse sobre otra situación: si la ausencia del *proyecto de pliego de condiciones* supone la nulidad del pliego de condiciones definitivo. La Ley 1437 definió en qué casos procede la nulidad de los actos administrativos, entre los que se encuentra *la infracción de las normas en las que deberían fundarse o cuando se expide de forma irregular*. Roberto Dromi, al analizar los elementos del acto administrativo, concretamente la voluntad, explicó que el ordenamiento establece una serie de trámites, formalidades y procedimientos que tienen que cumplirse antes de expresar la voluntad administrativa. Además, refiere que en caso de incumplimiento de los requisitos vicia la voluntad administrativa, porque no se habría *preparado* conforme al ordenamiento jurídico¹¹.

En esa medida, se considera que la expedición del pliego de condiciones definitivo, sin haber publicado el *prepliego*, podría suponer que se declare la nulidad de aquel y, por lo tanto, la consecuente nulidad del contrato estatal, con fundamento en el artículo 44, numeral 4, de la Ley 80, al haberse declarado nulos los actos administrativos en los que debería fundarse. Sin embargo, esta es solamente una posible interpretación, con otra podría sostenerse que la falta del *proyecto de pliegos* no es suficiente para declarar la nulidad del pliego.

En la Ley 1437 de 2011 se estableció una norma similar, al regular el deber de información al público se determinó que las autoridades tendrían que mantener a disposición de las personas, entre otros, los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Además, tendrán que señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público, y que, en todo caso, adoptará autónomamente la decisión que considere beneficia al interés general –artículo 8, numeral 8–.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ DROMI, Roberto. *El acto administrativo*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2000. p. 55.

El Consejo de Estado, concretamente la Sección Cuarta, al resolver la consecuencia de que no se publicara el proyecto específico de regulación, explicó que la exigencia de publicidad de los proyectos de regulación está dirigida a que los ciudadanos conozcan, en términos generales, las medidas que las autoridades quieren implementar, pero que no puede considerarse que su ausencia conlleve la nulidad de las disposiciones que se promulguen. Igualmente, expresó que, como la norma señala, la entidad tomará la decisión autónomamente, con independencia de las opiniones o las sugerencias, lo que implica que no está vinculada a las observaciones para el trámite de la regulación¹².

La providencia solamente muestra la posición de una Sección del Consejo de Estado –la Cuarta–, no siendo una generalizada en las demás, que podrán emitir decisiones independientes, y por eso diferentes. No obstante esta advertencia, en aquella institución con elementos similares, una Sección del Consejo de Estado, en la providencia referenciada, no consideró que la falta de publicación del proyecto de regulación afectara la validez del acto administrativo definitivo. Al *proyecto de pliego* podría aplicársele esta misma lógica, y considerar que su inexistencia o falta de publicación no vicia al pliego de condiciones, y en consecuencia al contrato mismo.

Bibliografía

Doctrina

DROMI, Roberto. El acto administrativo. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2000. 458 p.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-323 de 2020. Radicado: 2202013000004580.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de mayo de 2020. C.P. Milton Chaves García. Exp. 20.498.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de mayo de 2020. C.P. Milton Chaves García. Exp. 20.498.