

CONCEPTO 24437 DE 2018

(mayo 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Claudia Janet Gomez Larrota, Subdirectora Centro de Electricidad, Electrónica y Telecomunicaciones, cygomez@sena.edu.co
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Interpretación pliego de condiciones, horario de cierre de proceso de selección.

Respetada Doctora

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 05 de abril de 2018, 8-2018-016811, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 05 de abril de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De acuerdo con las competencias funcionales del Grupo de Conceptos y Producción Normativa de la Dirección General –Dirección Jurídica, respetuosamente solicitamos concepto sobre la siguiente situación suscitada dentro del trámite de convocatoria del proceso CEET-007-2018.

1. El día 20 de marzo de 2018, se abrió el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía CEET-007-2018, que tiene por objeto CONTRATAR LA COMPRA DE MAQUINARIA INDUSTRIAL PARA EL PROYECTO IMPLEMENTACIÓN DE EQUIPO PARA PRUEBAS DE INMUNIDAD ELECTROMAGNÉTICA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS EN EL SECTOR INDUSTRIAL, BIOMÉDICO Y DE ELECTRÓNICA DE CONSUMO” DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN -GICS DEL CENTRO DE ELECTRICIDAD, ELECTRÓNICA Y TELECOMUNICACIONES DEL SENA - REGIONAL DISTRITO CAPITAL y presupuesto oficial se estimó en CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUATRO MIL CIENTO VEINTE PESOS MCTE (\$ 482.604.120,00), incluido todos los impuestos a que haya lugar. Amparado con CDP No 2618 del 25 de enero de 2018.

2. En el Acto Administrativo de apertura se fijó como fecha de cierre el 23 de marzo de 2018, a las 4.30 pm, sin embargo, y por error, en el Pliego de condiciones se estableció la misma fecha,

pero en hora distinta (3.00 pm)

3. Llegadas las 3.00 pm del 23 de marzo de 2018, los oferentes interesados en el proceso, informaron de la discrepancia en las horas, razón por la cual, la entidad acudió a los criterios de interpretación sobre los Pliegos de condiciones analizados por el Consejo de Estado en Sentencia CE SIII E 25642 DE 2013, en la que se indica que frente a los problemas estrictamente formales, como lo es la contradicción en la hora del cierre del proceso, la entidad debe optar por la interpretación que se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público. En consecuencia, se optó por realizar el cierre del proceso a las 4.30 pm.

4. Ahora bien, durante el periodo restante para el cierre (lapso de tiempo entre 3.00 pm y 4.30 pm) uno de los oferentes que presentó oferta – SOFTWARE Y SISTEMAS ESPECIALIZADOS SYSE LTDA, radicó escrito solicitando el retiro de la misma en virtud de lo establecido en el Pliego de Condiciones Definitivo. Sin embargo, minutos más tarde y antes de la hora de cierre, el mismo proponente vuelve a radicar su oferta dejando constancia de ello en la planilla de recibo de propuestas dispuesta por la entidad.

5. El 26 de marzo de 2018, el grupo de apoyo administrativo del Complejo Sur, recibe mediante correo electrónico una observación de uno de los proponentes, manifestando su inconformidad por supuestas irregularidades relacionadas con la hora de cierre y con el hecho mismo de permitir a otro oferente retirar su propuesta, para que minutos más tarde y antes de cierre fuera radicada nuevamente.

Link del Proceso: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-11-7944156>

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la ausencia de norma que aclare el asunto, solicitamos de forma comedida concepto jurídico frente a la actuación de la entidad en relación con la entrega de la oferta por solicitud del proponente y su posterior radicación antes del cierre.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

1. Naturaleza Jurídica de los Pliegos de Condiciones

Los pliegos de condiciones son la reglamentación del proceso de selección en la medida que en ellos reposan cada una de las condiciones formales y sustanciales que la administración va a seguir. Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aclarado que los pliegos de condiciones también deberán entenderse como parte del contrato, de manera que en caso de vacío en el mismo deberá acudir a estos últimos. Al respecto nos permitimos citar:

los pliegos de condiciones⁽¹⁾(...) son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar [...] ⁽²⁾

En otro pronunciamiento, refiriéndose a las consecuencias de la naturaleza jurídica de los pliegos en materia de modificación se señaló:

El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata.

En este orden de ideas, es claro que el pliego de condiciones como ley del proceso es aquel que regula de manera integral el mismo, y en consecuencia en controversia sobre alguna de las reglas del proceso de selección deberá acudir a las reglas allí contenidas de manera preferente sobre otros documentos.

2. Modificación del pliego de condiciones:

De acuerdo con el Decreto [1082](#) de 2015, los pliegos de condiciones solo podrán ser modificados a través de adendas. Las adendas, son definidas en la misma normativa en los siguientes términos:

Adendas: Documento por medio cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones.

Posterior a ello se dispone al respecto:

Artículo [2.2.1.1.2.2.1](#). Modificación de los pliegos de condiciones.

La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas del vencimiento del plazo para presentar ofertas

La Entidad puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de ofertas y antes la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley publicación debe hacerse con (3) d de anticipación.

Así las cosas, y debido a la importancia del pliego de condiciones, el Gobierno Nacional a través de su potestad reglamentaria creó un régimen muy estricto sobre la modificación del Pliego de Condiciones y del cronograma del mismo, como documento que hace parte integral de éste.

Teniendo en cuenta éstas reglas antes enunciadas se pueden distinguir dos momentos:

a. Antes del cierre del proceso: antes de presentada esta etapa la entidad puede realizar modificaciones al pliego de condiciones, incluido el cronograma, pero deberá realizarlas a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas y en horario hábil. Si se trata de una licitación pública deberá hacerse con tres días de anticipación.

b. Entre el cierre del proceso de selección y la adjudicación: en esta fase la entidad solo podrá

hacer modificaciones al cronograma del proceso de contratación, no pudiendo modificar ningún otro aspecto del pliego de condiciones.

Por otra parte debe ponerse de presente que si bien las adendas son el medio único e idóneo para modificar los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado ha aclarado que a través de respuestas a observaciones o documento aclaratorio la entidad puede realizar precisiones sobre el pliego de condiciones las cuales serán vinculantes, por lo cual la Entidad debe ser muy estricta en dichos pronunciamiento, al respecto nos permitimos citar:

“El criterio anterior guarda relación con las aclaraciones al pliego de condiciones que hace la propia administración, y aunque en algunos casos no se integren estrictamente a éste, lo que sucede cuando no culminan en modificaciones mediante adendos, las respuestas o aclaraciones que brinda la entidad sirven como instrumento para interpretar el pliego; de hecho, mediante ellas se manifiesta la intención de que trata el artículo [1618](#) del Código Civil, esto es, la finalidad que tenía la entidad al momento de confeccionar los pliegos de condiciones, por tanto, la respuesta que ésta brinda - sea que se dé en audiencia o no- la vincula, y también se integra al pliego de condiciones.

La posibilidad de aclarar, que consagra el estatuto contractual para ciertos documentos del procedimiento contractual, consiste en hacer más fuerte el significado de algo, perceptible, comprensible o dar a entender las causas de cierta estipulación. En una sentencia anterior, esta Sala se ocupó de tal concepto, en relación con la posibilidad de aclarar o explicar el contenido de las ofertas, ideas susceptibles de trasladarse a la hermenéutica del pliego, específicamente con la posibilidad de presentar aclaraciones por parte de la entidad, ya sea de forma oficiosa o por solicitud de algún interesado”. Lo anterior, en aplicación también del principio de buena fe relacionado con la prohibición de "venir contra los actos propios" -venire contra factum proprium-.

De igual manera, las consideraciones anteriores aplican en los casos en que el pliego no presente vacíos, que pueden deberse a omisiones de la entidad, porque en tal caso, luego de superar las posibilidades que brinde aquel es posible completarlo con el criterio de la administración, y posteriormente mediante el control del juez que, en tal caso, debido a los vacíos, tiene mayor posibilidad de proponer el criterio adecuado a aplicar, con criterios no solo de legalidad sino de oportunidad. Este es el supuesto que se desarrollará a continuación, especialmente para definir cómo ponderar los criterios de evaluación cuando el pliego omite señalar cómo valorar el cumplimiento de requisitos contemplados en el pliego, cuya aplicación es clara respecto a personas naturales o jurídicas, pero no en relación con los consorcios o las uniones temporales”.

En este orden de ideas, se advierte que las aclaraciones al pliego, así no sean adendas son vinculantes. Sin embargo, si se modifica el pliego se entenderá que se trata de una adenda así la entidad no la tittle como tal y deberá acogerse a las disposiciones del Decreto. [1082](#) que se citaron con anterioridad.

c) CONSULTA

Respecto de su consulta, nos permitimos recordarle que esta coordinación no cuenta con competencia para resolver casos concretos y particulares. Sin embargo nos permitimos advertir las siguientes conclusiones jurídicas:

1. El pliego de condiciones es la Ley del proceso contractual, de manera que toda contradicción entre otro documento del proceso contractual y el pliego o sus adendas deberá primar ésta y la

norma más favorable a las garantías de transparencia, publicidad y selección objetiva.

2. Todo acto expedido por la entidad en la que se dé alcance al pliego de condiciones o interpretación al pliego de condiciones, es vinculante para la administración así se haya expedido a través de la respuesta a una observación.

3. El pliego de condiciones solo podrá modificarse a través de adendas. En caso de realizar modificaciones al pliego de condiciones antes del cierre del proceso, estas tendrán que expedirse con, por lo menos, un (1) día hábil de anticipación. Luego del cierre del expediente solo podrá modificarse el cronograma del proceso de selección.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha afirmado que los pliegos de condiciones rigen no sólo para el proceso de selección del contratista sino también durante la ejecución del contrato. los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar [...]. Consejo de Estado. Radicado 22089. M.P. Ruth Stella Correa Palacio 28 de mayo de 2012

2. Consejo de Estado. Radicado 16209. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. 3 de mayo de 2007.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo