

Por:
Juan Carlos Morón Urbina*

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN A POSTORES

Resumen

El presente estudio analiza el deber de la administración de suministrar información fiable, completa y veraz a los postores a quienes convoca para participar en un proceso de selección y, además, las consecuencias derivadas del incumplimiento de este deber. Del mismo modo, analiza el alcance del deber de informarse que tienen los postores cuando postulan a procesos de selección convocados por las entidades públicas.

Palabras clave: Responsabilidad precontractual, buena fe, bases de procesos de selección, información a postores.

Abstract

The present Essay analyzes the duty of the Administration to provide reliable, complete and truthful information to the bidders whom it calls to participate in a selection process and also the consequences derived from the breach of this duty. In the same way, this Essay analyzes the scope of the duty to be informed that the bidders have when applying for selection processes called by the public entities.

Keywords: Precontractual liability, good faith, basis of selection processes, information to bidders

Sixto Martínez cumplió el servicio militar en un cuartel de Sevilla. En medio del patio de ese cuartel, había un banquito, junto al banquito, un soldado hacía guardia. Nadie sabía por qué se hacía la guardia del banquito. La guardia se hacía porque se hacía, noche y día, todas las noches, todos los días, y de generación en generación los oficiales transmitían la orden y los soldados la obedecían. Nadie nunca dudó, nadie nunca preguntó. Si así se hacía, y siempre se había hecho, por algo sería.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Catedrático en diversos cursos de Derecho Administrativo a nivel de pregrado y posgrado en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad ESAN, Universidad de Piura y Universidad de San Martín de Porres.

Y así siguió siendo hasta que alguien, no sé qué general o coronel, quiso conocer la orden original. Hubo que revolver a fondo los archivos. Y después de mucho hurgar, se supo. Hacía treinta y un años, dos meses y cuatro días, un oficial había mandado montar guardia junto al banquito, que estaba recién pintado, para que a nadie se le ocurriera sentarse sobre la pintura fresca.

(Galeano, Eduardo. "La burocracia", en *El libro de los abrazos*).

Sumario

1. Planteamiento del tema. 2. La buena fe como principio aplicable a la Administración en su relación con los administrados y, en particular, en la formación de los contratos administrativos. 2.1. La buena fe como principio general de derecho y su aplicación al derecho administrativo. 2.2. Aplicación del principio de buena fe en la formación del contrato administrativo. 3. El deber de brindar información como expresión de la buena fe precontractual. 4. El deber de información de la Administración en las diversas fases de la formación del contrato administrativo. En particular el caso de los riesgos contractuales del futuro contratista. 4.1. El deber de preparar cabalmente la información veraz, completa y fiable que se ofrecerá a los postores en las bases del proceso. 4.2. El deber de transmitir información veraz, completa y fiable durante el proceso de selección mismo: la absolución de consultas. 4.2.1. El deber de transmitir información veraz, completa y fiable para el perfeccionamiento del contrato ya adjudicado. 4.2.2. ¿Qué características tiene el deber de informar a los postores a cargo de la administración convocante? 5. Las consecuencias del incumplimiento al deber de información a los postores. 6. Algunas cláusulas patológicas en la formulación de bases de concursos de selección. 6.1. La cláusula de sometimiento del postor a las reglas del proceso, la sujeción a las reglas ilegales y la renuncia al derecho al reclamo. 6.2. Las cláusulas de limitación de responsabilidad por la información que se proporciona a los postores. 6.3. La obligación de visitar el lugar de la obra como instrumento para sanear o exonerar defectos en la información de las bases de las Licitaciones. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El presente ensayo tiene su origen en varias constataciones empíricas que durante mi ejercicio profesional he tenido al revisar diversos pliegos o bases de procesos de selección que el Estado peruano convoca. Bajo diversas formas externas aprecié reglas expuestas en las bases de los procesos, en los que la propia administración intenta transferir a los postores el deber de realizar su propio análisis, buscar y obtener información y adoptar a su riesgo la decisión de postular al proceso que convoca, incluso respecto de temas que se infiere razonablemente que el propio convocante tiene bajo su control a través de los estudios previos de prefactibilidad, factibilidad y expediente técnico que ha realizado. En otros casos, me topé con cláusulas en las bases en las que se pretende establecer que el postor, por la circunstancia de presentar su propuesta al proceso, está aceptando irremediabilmente todas las reglas del proceso, por más irracionales, incorrectas o ilegales que pudieran ser. Por último, me llamó la atención la reiteración de otra cláusula en diversos pliegos en el que el convocante

indica —con diverso texto— que toda la información que ha proporcionado en la propia convocatoria no merece fiabilidad y la debe corroborar el proponente antes de presentar su oferta.

Estas cláusulas llamaron poderosamente mi atención y me aboqué a responder algunas preguntas de sentido común: ¿es legalmente admisible este tipo de cláusulas? ¿Existe alguna responsabilidad de la entidad por la información que entrega a los postores? ¿Es compatible esta conducta con el principio general de la buena fe precontractual? ¿Hasta qué punto la administración convocante tiene un deber de informar con lealtad a los proponentes aquello que sea relevante para que estos determinen su conveniencia de postular? ¿Es aplicable a las entidades convocantes el deber precontractual de información como expresión del principio de buena fe, máxime siendo ella quien predispone todas las reglas de los procesos de selección, por antonomasia, bajo la fórmula de invitación a ofertar?

2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN EN SU RELACIÓN CON LOS ADMINISTRADOS Y, EN PARTICULAR, EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. *La buena fe como principio general de derecho y su aplicación al derecho administrativo*

Usualmente, los autores se suelen referir al principio general de la buena fe como una vía de comunicación del derecho con la moral, explicando su origen prejurídico y afirmando que su consagración en una norma positiva no supone que con anterioridad no existiera, ni que por su consagración legislativa haya perdido su origen en la moral.¹

Indudablemente en nuestro derecho administrativo, el principio de buena fe no es extrajurídico o subsidiario, ya que ha sido positivizado insertándose en las modernas tendencias de la disciplina,² bajo el principio de conducta procedimental, por el que todos los partícipes en cualquier procedimiento administrativo realizan sus actos

1 Esta es la posición de González Pérez, Jesús (1989). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Segunda edición. Editorial Civitas.

2 Brewer Carías da cuenta de esta inclusión dentro de las nuevas tendencias del derecho administrativo en la región. Véase Brewer Carías, Allan (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Editorial Legis, p. 278. En igual sentido, en sus “Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental”, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (2009), Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.

procedimentales guiados por la buena fe y ninguna regulación administrativa puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe.³

En esa línea de pensamiento, la doctrina ha evidenciado consistentemente que el principio de buena fe es aplicable al nacimiento de las relaciones jurídico-administrativas, al ejercicio de derechos y potestades administrativas, al cumplimiento de obligaciones y a la extinción de las relaciones jurídico-administrativas. De este modo, por la aplicación del principio, se impiden las conductas confusas, equívocas o maliciosas o que habiéndose producido se pretenda alegar o amparar en ello para provocar daño a la otra parte, se plantea que la voluntad declarada por una parte es relevante para la generación de actuaciones de la otra parte de modo que no puede ir contra sus propios actos anteriores, se atenúa la trascendencia de defectos formales en los procedimientos o de mera legalidad carente de sentido, se permite el nacimiento de un derecho en favor del administrado cuando la administración otorgó una razonable expectativa de obtenerlo, se impide el ejercicio prematuro de un derecho o de una atribución, se proscriben los retrasos desleales, se impide la fijación de plazos exigüos para cumplir obligaciones de los administrados, se limitan el ejercicio de potestades exorbitantes de la administración como abusar de la nulidad de oficio por motivos irrelevantes, se puede exigir la realización de prestaciones no previstas que vengan impuestas por la buena fe, se exige el deber de restituir los enriquecimientos económicos que se producen en favor de la administración, se impide que en la vía contenciosa se planteen argumentos distintos a los expuestos en la fase de agotamiento de la vía administrativa —para el administrado— o —en el caso de la administración— diferentes a los contenidos en la declaración de lesividad, entre otros.

Conforme lo manifiesta la doctrina,⁴ la buena fe del ciudadano frente a la administración consiste en la confianza en que la autoridad no va a ejercitar sus atribuciones y potestades más allá del límite trazado por la exigencia del interés general —no del interés de la propia entidad o en interés de la pura legalidad— y en que esta “no solo no le va a ocasionar daño innecesario o injustificado sino que va a recibir de la administración la ayuda, enseñanza y explicación necesaria que le eviten cualquier daño.”

En suma, el principio de buena fe en el derecho administrativo cumple el objetivo de orientar las conductas y las actuaciones de todos los partícipes en cualquier

3 Ley 27444. Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

4 Sainz Moreno, Fernando (1979). “La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”. *Revista de administración pública* 89, pp. 293-314.

relación administrativa hacia estándares esperables y recíprocos de lealtad, honestidad y diligencia para generar y mantener la confianza, entre la administración y los particulares, que sus potestades y derechos no serán defraudados.

Por lo explicado no podemos sino coincidir con lo manifestado por el profesor Rodríguez Arana Muñoz, en el sentido que no estamos frente a una episódica asociación entre la promoción del interés público a cargo de la administración y el respeto a la buena fe, sino que “no es posible comprender un servicio objetivo al interés general si no es de acuerdo con la buena fe”.^{5 6} Ya no es posible afirmar que la posición de supremacía de la administración ni la distinta preponderancia de los intereses privado y público es argumento válido para rechazar la exigencia de actuación de buena fe de los funcionarios públicos en sus relaciones con los administrados,⁷ ya que “el hecho que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios”.⁸

2.2. Aplicación del principio de buena fe en la formación del contrato administrativo

Habiendo confirmado —si alguna duda existía— la cabal aplicación en el derecho administrativo del principio de buena fe, nos proponemos adentrarnos en las circunstancias particulares que le hace exigible y de qué manera, en la contratación administrativa. Se ha dicho con mucha razón que “[...] la evolución más relevante que ha tenido la institución de los contratos administrativos en los últimos años ha sido la incorporación del valor ético de la confianza a su régimen jurídico”,⁹ tránsito que ha tenido por efecto dar racionalidad al ejercicio de las prerrogativas discrecionales de la administración en el contrato, al cumplimiento de las obligaciones estatales,

5 Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. “El principio general del derecho de confianza legítima”. En *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho* 4, 2013, p. 66.

6 La misma tendencia es seguida por ilustres autores tales como: Cassagne, Juan Carlos (1988). “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, *Separata de la Revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Sociales de Buenos Aires*; Coviello, Pedro José Jorge (2004). *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot; Rondón de Sanso, Hildegard (2002). *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano*, Caracas: Editorial Ex Libris; Viana Cleves, María José (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

7 Una muy buena refutación a los pretextos comúnmente argüidos para cuestionar la exigencia de la buena fe a las autoridades públicas fue desarrollada por Sainz Moreno, Fernando (1979), pp. 310-314.

8 Mairal, Héctor (1988). *La doctrina de los actos propios y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma., p. 52.

9 Escobar Gil, Rodrigo (1989). *Responsabilidad contractual de la administración pública. Estudio comparativo en el derecho español y en el ordenamiento colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, p. 84. En igual sentido se manifiesta Ariño Ortiz, Gaspar (1984). *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid: Unión Editorial, p. 59.

en humanizar y dar sentido moral a la gestión contractual y convertir la buena fe en un instrumento potente para dar sentido a las cláusulas contractuales. De este modo, las partes contratantes deben actuar de conformidad con los principios de buena fe y actuación leal en el cumplimiento de sus obligaciones, al ejercitar su derecho a la prestación, al ejercer u oponerse a las acciones legales por incumplimiento contractual o al ejercitar su derecho a poner fin a la obligación o resolver la relación contractual.¹⁰

De esta manera, el principio de buena fe está llamado a tener una mayor preponderancia en los contratos administrativos que en las relaciones contractuales comunes sujetas al derecho privado, por la necesidad de racionalizar el predominio autoritario de la administración en la vida contractual.¹¹

Prácticamente no admite complejidad la afirmación que las conductas de las partes contratantes deben guiarse por este principio, esto es, su eficacia en la fase de ejecución contractual.¹² Más retador es plantearnos si la vigencia del principio puede anticiparse al momento de conformación del contrato administrativo en la relación jurídica que se plantea entre la entidad convocante¹³ y el postor.¹⁴

A este respecto, debemos tener en cuenta que todos los procedimientos de selección seguidos por la administración están estructurados para formar el

10 Código RENEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (2015). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Colección Monografías, Abril, p. 234. Código académico de procedimiento administrativo de la Unión Europea elaborado por la red RENEUAL de investigación en Derecho administrativo de la UE (Research Network on EU Administrative Law), integrada por más de un centenar de profesores de toda Europa. El referido Código se encuentra disponible en la web de dicha red (www.reneual.eu).

11 Dicha conducta autoritaria también podemos ubicarla en la fase precontractual en acciones dañosas como derivadas de la decisión arbitraria o injustificada de no abrir el proceso de licitación pública cuando corresponda, la revocatoria del acto de apertura de la licitación pública luego de que se han presentado posturas, la declaración de desierta la licitación pública, la adjudicación ilegal del contrato incumpliendo las bases, etc.

12 Nuestro propio Código Civil, de aplicación supletoria a la contratación administrativa, lo establece en los siguientes términos:
Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

13 En el presente trabajo aludimos con el término "licitante" a la entidad que bajo cualquier procedimiento de selección (concurso, subasta, subasta inversa, licitación, adjudicación selectiva, concurso de proyectos integrales, etc.) prepara unilateralmente las reglas y, bajo la fórmula de invitación a ofrecer, provoca la participación de los postores para interesarlos en la presentación de propuestas.

14 La doctrina ha asimilado la exigencia de buena fe a los postores durante la fase de formación del contrato administrativo a la noción de "diligencia especial del colaborador de la administración" que excede la diligencia ordinaria, en particular, en estudiar previamente sus posibilidades y condiciones de cada contrato convocado y suministrar información a la entidad convocante para la formulación de los términos de referencia, entre otros. Cfr. En especial Ivanega, Miriam Mabel (2008). "El principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino)". En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXX-360, septiembre.

consentimiento bajo la forma de una “invitación a ofertar” o “contrato por concurso”.¹⁵ En este modelo, las entidades no realizan ofertas a los empresarios, sino invitan a todos —de manera indeterminada y pública— a que le formulen ofertas, pero determinados previamente todos los elementos del futuro contrato. Procedimiento ordenado de sucesivas declaraciones de voluntad que sigue tres momentos diferenciados del proceso, pero orientados todos al mismo objetivo: formar el consentimiento y el contrato. Esos momentos son: la convocatoria conteniendo los términos completos en los que se forma el contrato, salvo por lo general, el precio de la operación y alguna característica adicional; luego, la formulación de propuestas por los interesados que pasan a la condición de postores adhiriéndose a todos los elementos que fueron planteados en la convocatoria y agregando los faltantes; y, finalmente, la adjudicación, que equivale a la aceptación de alguna de las propuestas presentadas por juzgarla más conveniente.

De este modo, son las entidades quienes definen de manera unilateral los alcances de la futura estructura obligacional del negocio y provocó, interesó, incitó a todos los potenciales proveedores a presentar ofertas sobre la base de la información que ellas han recolectado, preparado y difundido como ciertas. Precisamente, esta unilateralidad de las reglas del contrato no solo se verifica al momento previo a la aprobación y difusión inicial de las bases, esto es, cuando propiamente las redacta en gabinete, sino también, cuando es la propia administración, quien pese a las consultas u observaciones de los postores, tiene la última palabra para definir el sentido y contenido definitivo de las reglas del proceso.¹⁶

Como se puede apreciar, las bases de los procesos incluyendo la proforma del contrato que viene anexa, constituyen reglas formuladas por la propia entidad e impuestas a los postores sin negociación individual ni colectiva ni contar con capacidad real de influir eficientemente en su contenido, calificando como “cláusulas predispuestas”. Esto significa que se trata de cláusulas confeccionadas con anterioridad a la celebración del contrato por una de las partes, respecto a las cuales el adherente no ha podido influir definitivamente en su contenido, y son impuestas de modo que no haya podido eludir su aplicación si se quiere participar en el contrato.

15 Mosset Iturraspe, José (1988). *Contratos*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera Ediar, p. 140.

16 En la doctrina civil se afirma correctamente que cuando una de las partes tiene la competencia para definir sin negociación los términos definitivos del próximo contrato e invitar a los terceros que postulen, tiende naturalmente a presentar algunas disfunciones, tales como: i) El invitante como parte interesada, al redactar las bases de los procesos, difícilmente puede contemplar racionalmente los intereses y derechos del postor indeterminado sino exclusivamente el propio; ii) El invitante al redactar las reglas del contrato fortalece su posición contractual y debilita las condiciones de la otra parte (ej. transfiere riesgos y prestaciones onerosas, esconde información sensible, expresa su desconfianza hacia el proponente con penalidades excesivas); iii) Tiene predisposición a incluir cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente (abuso de la posición preeminente de la entidad); y, iv) Tiene predisposición a la inclusión de cláusulas vejatorias o leoninas (ej. Sometimiento a cláusulas ilegales, limitación de responsabilidad del Estado, imposición de jurisdicción, pérdida de derechos, etc.).

No olvidemos que las bases de los procesos de selección son el conjunto de reglas generales (“ley del contrato”) predisuestas y redactadas unilateralmente por la propia administración (mostrando su “voluntad” para formalizar la relación contractual) de necesaria publicidad y respecto de las cuales, el interesado solo tiene la disyuntiva de tomar o dejar, dado que no hay espacio para una negociación de sus términos contractuales propiamente dichos. En estas bases, se especifica y regula el programa contractual, desde las reglas que seguirán para la selección, cómo se perfeccionará el contrato, la forma en que se ejecutará y se desarrollarán las prestaciones recíprocas que el contrato determina. Por ello, contiene toda la información necesaria y pertinente para que el particular formule, teniéndola como fundamento, sus propuestas técnicas y económicas.

Como no puede ser de otra manera, la formulación de las bases tiene como finalidades: dar condiciones claras al mercado para seleccionar al mejor oferente, ejecutar el contrato e interpretar el contrato, dar transparencia al proceso de selección del contratista, permitir hacer auditable el proceso o lo que es lo mismo facilitar el control posterior a las decisiones (por ejemplo, sobre la adjudicación, la exclusión, la calificación, la precalificación, la asignación de puntaje, etc.), dar seguridad de las reglas de juego del proceso a los postores y garantizarles competencia y trato igualitario. Para ello, los pliegos contienen, entre otra información relevante, la identificación del objeto del contrato requerido y las obligaciones y derechos de las partes, los requisitos técnicos mínimos para ser admisible la propuesta, las características técnicas de lo que se va adquirir, el plazo de duración del contrato, el sistema de contratación (suma alzada, precios unitarios, etc.), el cronograma de las etapas del proceso de selección, los factores de competencia, el método de evaluación y calificación de la propuesta, la proforma de contrato (obligaciones, forma de pago, penalidades, cláusula arbitral, cláusulas resolutorias, etc.), el valor referencial del contrato, rangos admisibles, tipo de moneda de la oferta, el contenido de las propuestas que deben presentarse, entre otros.

En esa línea, resulta claro que el propósito del procedimiento de selección y de la información que se difunde es provocar, incentivar, atraer y hasta convencer a los potenciales interesados de la conveniencia del negocio, de la posibilidad de su cumplimiento, y finalmente, a que presenten propuestas para hacerse del contrato. En esa medida, las reglas contenidas en las bases deben, cualitativamente, ser objetivas, razonables, justas y equilibradas, claras y comprensibles, congruentes con el objeto que se convoca y las necesidades de la entidad, completas y suficientes en la medida en que debe incluir toda la información necesaria para comprenderla, ser fiables (información cierta, veraz y completa) y conformes a ley y normas técnicas aplicables.¹⁷

17 Pino Ricci sostiene que son condiciones legales cualitativas de los pliegos de condiciones las de ser: reglas previas, justas, objetivas, claras y completas. Pino Ricci, Jorge (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 183 y ss.

Frente a la entidad convocante, se haya el particular interesado, futuro contratista y colaborador de la administración en obtener alguna finalidad pública, por medio del contrato. Quien debe preparar su propuesta, sobre la base de la información que le brinda la entidad, y que debe juzgar completa, fiable y cierta. El postor

[...] se trata de una parte que entrega su patrimonio, su trabajo, su inteligencia, sus inquietudes y su espíritu creador a la otra parte contraria, quien deberá compensar esta entrega y dedicación. No enajena su vida, no aliena su voluntad, no es una cosa sino realización de un negocio humano. Son relaciones creadas entre dos partes que —por principio y por encima del contrato— deben respetar la libertad, la justicia y la razón, más aun si una de estas partes es el poder administrador. La buena fe no es una regla de lógica sino que es la manifestación de un quehacer justo, correcto y razonable dentro de la conducta debida y convenida. La buena fe sirve para interpretar conductas y no representa una regla matemática que debe ser aplicada en forma automática. Necesario es, después de consagrar el principio de moralidad administrativa, destacar los valores que comprende la buena fe que rige todas las relaciones contractuales.¹⁸

3. EL DEBER DE BRINDAR INFORMACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL

Poseyendo el principio de buena fe una pluralidad de matices y consecuencias, la más importante, a efectos de este ensayo, es su proyección como fuente de creación de especiales deberes de conducta o reglas de comportamiento exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes por su intermedio.¹⁹

Así, en materia precontractual de derecho común, se suelen mencionar como deberes²⁰ derivados de la buena fe *in contrahendo*, los siguientes:

- i) el deber de suministrar información a la otra parte;
- ii) el deber de claridad;
- iii) el deber de secreto y confidencialidad; y,

18 Fiorini, Bartolomé (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Tomo I, p. 608.

19 Díez-Picazo, Luis (1963). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 145 y ss.

20 El término adecuado es deber de información y no obligación de informar, porque en la fase precontractual no existe un derecho correspondiente de la otra parte a exigir esta información, siendo más bien un deber jurídico impuesto la normativa o el principio de buena fe. Ver De la Maza Gazmuri, Iñigo (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Tesis de Doctor. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

iv) el deber de custodia y cuidado.²¹

Correlativamente, las partes en la fase formativa del contrato incurrir en responsabilidad precontractual si transgreden el deber de información y de lealtad contractual, esta última cuando se actúa de manera no seria, se afecta la reserva o el secreto de la negociación, se efectúan negociaciones paralelas, o cuando se rompe injustificadamente una negociación.

A propósito del presente ensayo, nos interesa concentrarnos en el mencionado deber de información, por el que las partes tienen la carga —durante el periodo de formación de consentimiento— de mantenerse recíprocamente informados de aquellas circunstancias del negocio relevantes para contar con criterios y elementos fácticos que les permitan adoptar la decisión acertada a sus intereses en el momento de optar o no por la celebración del contrato.²² La relevancia de este deber se incardina directamente con el ejercicio pleno de la libertad de contratar, por cuanto para decidir libremente se precisa que se haya tenido información suficiente y justamente el deber de información a cargo de la otra parte tutela correctamente su libre e informada decisión.²³ No debemos olvidar que el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes, tanto en el derecho común como en el administrativo.

Consiste en el deber de enterar, dar noticia, instruir, prevenir, exponer espontáneamente a la otra acerca de circunstancias, hechos o situaciones que la otra ignora y que son relevantes por tener aptitud de influir sobre la decisión de contratar o para la conformación del vínculo. Se asume que es derivación de la buena fe, evitar que el otro tome una decisión desinformada, ya que de haber estado informado no hubiera concluido el contrato o lo habría hecho bajo otras condiciones. En términos de la doctrina autorizada, no queda duda que nos encontramos frente a una manifestación de

"la buena fe que debe actuar durante los tratos preliminares, es decir, en la fase de formación del contrato, en cuanto que con la iniciación de este se establece entre una y otra parte —aunque no hayan llegado todavía a ser deudor y acreedor— un particular contacto social, una relación de hecho basada en la recíproca confianza. En tal relación de hecho entran en juego las reglas de corrección y entra en vigor, no solo el deber de lealtad en el negociar, sino, también, obligaciones específicas que pueden ser de

21 De la Puente y Lavalle, Manuel (1991). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, p. 59 y ss. .

22 De la Puente y Lavalle, 1991: 59.

23 De la Maza Gazmuri, Íñigo (2010). "Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información". En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV (Valparaíso, Chile), septiembre, p. 79.

información, o de aclaración, en razón a la posibilidad de que la esfera de intereses de la otra parte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de las informaciones y aclaraciones debidas".²⁴

El deber de informar implica enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir, exponiéndolos y comunicándolos a la otra parte con quien se mantienen tratativas preliminares. La información debe ser certera, fiable y completa, no falsa, incompleta, desactualizada, porque lo que busca es contribuir a formar un consentimiento reflexivo sobre la base de toda la información y que no se base en errores, desinformación o deslealtades de la otra parte. Así, en el tramo anterior al perfeccionamiento del contrato

"las partes recíprocamente se deben consideración y lealtad, en punto a sus mutuas esferas de interés, evitándose errores, a cuyo efecto tal vez la regla sustancial en esa etapa, sea la de hablar claro, y no incurrir en reticencias sobre cuestiones tales que, de haber sido manifestadas, habrían obstado a la conclusión del contrato o, de haberse perfeccionado, lo habría sido bajo otras condiciones. Y más genéricamente, cuando una parte impide a la otra adquirir un correcto conocimiento de la realidad, relevante para la valoración de la conveniencia del contrato, falsificando la realidad u ocultándola, con lo que coarta la voluntad de la contraparte, induciéndola a concluir un contrato que no habría querido realizar".²⁵

¿El deber de informar se agota sobre lo que se conoce? No. Esta es una visión pasiva o inmóvil del deber, inaplicable sobre todo a la parte profesional o recurrente, en los que la obligación incluye para ambas partes el "deber de informarse para informar",²⁶ esto es, una exigencia dinámica requiriéndose que la parte se informe a los fines de suministrar una mejor información, más acabada, más precisa, a la otra parte.

El deber de informar del deudor se detiene frente al deber de informarse del acreedor, según su capacidad y posibilidades reales. La buena fe precontractual y el deber de cooperación imponen a cada parte la necesidad que se informen e informen con lealtad a la otra parte, todo aquello relevante a los fines de una contratación leal. Ese deber de informarse se restringe si estamos frente a la imposibilidad de conocer la información por razones subjetivas (inaptitud del sujeto para informarse) u objetivas (características complejas de comprensión de la información, porque se encuentra fuera del alcance del sujeto, o porque la detenta físicamente la otra parte) o en la confianza de la información proporcionada por la otra parte. A este último respecto, "es legítima la

24 Betti, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I, p. 110.

25 Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A, *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 63.

26 *Ibidem*, p. 87.

excusa del acreedor, consistente en la imposibilidad de informarse, basada precisamente en que confiaba en que la información le sería suministrada por la otra parte”,²⁷ o

"en los dominios de los contratos por adhesión, la particular mecánica que adopta su formación, hace ineludible que el predisponente imponga al cliente, sobre el alcance del contenido de las condiciones generales, muy especialmente aquellas que denoten ambigüedad, falta de claridad, o que restrinjan los derechos del eventual adherente, a través de cláusulas que, notoriamente, desnaturalicen las obligaciones. Si el deudor proporciona información, el acreedor se halla liberado de obtenerla. Es legítimo suponer que el destinatario del deber, presuma que las mismas son ciertas y suficientes, pues ha creído (confiado) en la sinceridad del obligado".²⁸

Sobre la base de lo que expone María Paz García Rubio²⁹ podemos identificar algunas nociones básicas sobre las características del deber de informar en la fase de tratativas:

- Como regla de principio, cada parte debe ocuparse de sus propios intereses y, en consecuencia, que se procure las informaciones precisas acerca del negocio que hipotéticamente va a celebrar. Esta es la regla proveniente del derecho romano según la cual se aplicaban las máximas *caveta emptor* o *emptor debet esse curiosus*, por las que compete a cada parte adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato. Esa autorresponsabilidad implica la búsqueda de la información por otros medios disponibles, pero también hacer las preguntas necesarias a la otra parte durante el curso de la negociación, por lo que la otra parte tiene el deber de responderlas cabalmente. La buena fe no protege al negligente, que con una diligencia razonable hubiere por sí mismo identificado la información relevante para sus intereses. Contemporáneamente la autorresponsabilidad informativa ha sido acotada bastante por algunos factores reales, como la posibilidad real de acceder a la información con oportunidad para valorarla dentro de las tratativas, su nivel de publicidad, la inmediatez o eficiencia de buscarla o una relación de confianza con la otra parte.³⁰
- La información a suministrarse puede ser de la propia parte, del objeto del contrato o proveniente de circunstancias externas, pero en todo

27 Ibídem, p. 101.

28 Ibídem, p. 101.

29 García Rubio, María Paz (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 44 y ss.

30 Monsalve Caballero, Vladimir (2008). "La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción". En *Revista de Derecho* 30, Barranquilla.

caso debe ser relevante, entendiendo como tal, a aquella que se puede asumir razonablemente que puede ser determinante³¹ para decidir una manifestación de voluntad en las tratativas. Esta es la clave del deber: determinar su contenido. Hasta dónde es el deber de transmitir la información y hasta dónde es el deber de autorresponsabilidad. Como se afirma en nuestra doctrina “saber lo que se tiene que informar o no informar es el dilema en toda negociación”.³² Y una vez definida su relevancia debe transmitirse de manera clara, exacta, suficiente y completa. En suma, el contenido del deber se acota a lo que sea relevante y, cualitativa y cuantitativamente, suficiente con miras a la toma de decisión sobre el contrato.

Si ambas partes mediante su autorresponsabilidad pudieran obtener toda la información suficiente por estar disponible a un costo eficiente, difícilmente habría espacio para justificar el deber de informar a la otra parte de lo que se conozca. Pero ello no sucede así por varias razones.

- En principio, el deber de informar presupone conocimiento real de hecho, por lo que si la parte en la tratativa ignora la información, no se encuentra obligada a informar a la otra. Sin embargo, en determinadas circunstancias el principio de buena fe exige que una de las partes procure a la otra determinada información, como cuando una de las partes estipula las reglas del contrato, o cuando se encuentra en control de esa información, no sea de dominio público o si lo sea sus costos de obtención o tiempos de acceso sean desproporcionados para formar el consentimiento informado. Es decir, no se imputa el deber de informar porque efectivamente esa parte conoce la información, sino porque dada su posición o función dentro de las tratativas debería conocerla.
- Ese deber precontractual de información también se presenta cuando: i) La ignorancia del tratante pueda considerarse legítima, lo cual se produce tanto si a este le resulta imposible conocer de otro modo

31 Excede el alcance del presente trabajo, por no aplicarse a las entidades públicas invitantes a ofertar, desarrollar los casos en que en doctrina se plantean los límites al contenido de la información en función del interés económico de maximizar la ganancia de la parte en la tratativa. Por ejemplo, si se supiera que el predio a adquirirse tiene reservas mineras importantes que desconoce el propietario. Indudablemente en el ámbito privado es irrazonable que se exija actuar apegado a la buena fe transmitiendo información que pueda ser perjudicial a esa parte. Pero ese estándar no es posible aplicar a los contratos administrativos, en los que la entidad convocante persigue intereses públicos y no privados-lucrativo y dado que el contratante es un colaborador del interés público, la entidad también tiene que —por exigencia del deber de transparencia— actuar en interés de tutelar la intangibilidad patrimonial del contratista.

32 Espinoza Espinoza, Juan (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. Séptima edición. Editorial Rodhas, p. 864.

la información que debe suministrarse, debido por ejemplo al dato objetivo que el otro contratante detenta físicamente la cosa objeto del contrato, o al aspecto subjetivo, derivada de la ineptitud personal de la víctima para obtener o comprender esas informaciones; y, ii) Existe una relación de confianza que justifique que el primero no busque más informaciones, como cuando hay un contrato de trabajo o mandato, o se le atribuye “a la parte que presumiblemente tiene una posición dominante en la relación precontractual, como puede ser el vendedor profesional o el predisponente de las condiciones generales de contratación”.³³

- Cada parte debe asumir el riesgo de una evaluación errónea basada en la información que posee y se le haya suministrado.

En resumen, el deber precontractual de informar a la otra parte se encuentra conformado por: i) Una información relevante que amerita ser conocida por una de las partes; ii) La ignorancia (desconocimiento legítimo³⁴ por la otra parte de aquella información, lo que determina que celebre el contrato, cuando de haberla conocido, no lo hubiera celebrado o lo hubiera realizado en otros términos); iii) El conocimiento real o imputado por la normativa o por el principio de la buena fe³⁵ de esa información relevante por la otra parte; iv) La ausencia del suministro de la información a la otra parte.

¿De qué modo se puede incumplir el deber de informar aspectos relevantes para la formación del consentimiento? El obligado puede transgredir este deber de información a la otra parte por acción o por omisión, y de modo, culposo o doloso:

- No trasmitiendo la información que posee y es relevante a la otra parte.
- No informándose debidamente (mantenerse en situación de desconocimiento) para no trasladar la información relevante a la otra parte.

33 Ghestin, J. (1971). “La réticence, le dol et l’erreur sur les qualités substantielles”, *chron.*, p. 555 citado por GARCÍA RUBIO, María Paz.

34 La legitimidad del desconocimiento implica que no cualquier desconocimiento configura incumplimiento del deber de información. El desconocimiento es legítimo en función de diversos criterios, como por ejemplo, el *expertise* de esa parte (mientras más experimentado sea, más autorresponsable debe ser de obtener la información que le interesa y no esperar que se la suministren), la accesibilidad de la información requerida (ej. Si fuera de dominio público o de fácil accesibilidad como los asientos registrales, los requisitos de un trámite administrativo que está en los TUPAS, los parámetros urbanísticos de una propiedad, etc.).

35 El conocimiento real del defecto y su omisión de suministro en un supuesto de dolo precontractual, denominado “reticencia intencional”; mientras que el conocimiento imputado es aquel derivado de culpa grave, en la que la parte debería saber la información por su especial situación respecto al objeto del contrato.

- Suministrando información defectuosa (incompleta, oscura, inexacta, falsa o insuficiente, etc.) o suministrándola de modo referencial, imperceptible o escondida entre diversas otras reglas.
- Pretendiendo limitar su responsabilidad de entregarla durante la negociación, transfiriendo el deber de su obtención a la otra parte.
- Restando credibilidad a la información entregada o excluyendo su responsabilidad por ella.

4. *EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LAS DIVERSAS FASES DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EN PARTICULAR EL CASO DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES DEL FUTURO CONTRATISTA*

4.1. *El deber de preparar cabalmente la información veraz, completa y fiable que se ofrecerá a los postores en las bases del proceso*

En la formación de la relación contractual administrativa cada una de las partes espera de la otra una actividad honesta, leal y cooperativa, de modo que de lo contrario se vería defraudada en su buena fe.

Previamente a la apertura de una licitación, las entidades públicas se encuentran obligadas a realizar los estudios que le permitan determinar la razonabilidad y conveniencia de los bienes, servicios u obras en los que pretenden invertir recursos públicos y ejecutar mediante contratos; a elaborar los planos, proyectos y diseños definitivos; a definir los pliegos de condiciones, a calcular el valor aproximado del contrato y, en fin, a diligenciar el certificado de disponibilidad presupuestal que ampare el compromiso negocial. Esta exigencia no es solo para el proceso de selección en sí, ya que por el contrario la debe preparar cada entidad para cumplir con la exigencia del Sistema Nacional de Inversión Pública y haber atravesado satisfactoriamente las etapas de la fase de preinversión (elaboración del perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad), y de expediente técnico, para luego llegar a la fase de ejecución, propiamente dicha

El principio de buena fe proyecta importantes exigencias al procedimiento de formación del contrato administrativo fundamentalmente *en los momentos anteriores a la convocatoria* en los que la administración elabora unilateralmente las reglas del contrato, pero prosigue durante la fase de convocatoria y en la conducción del proceso de selección hasta la fase de perfeccionamiento del contrato. En todos estos momentos, las partes deben observar un comportamiento leal y diligente que se trasunta en el deber de informarse recíprocamente de aquello que sea relevante para la concreción del negocio. En particular, la administración como diseñadora del proyecto de

contrato debe brindar toda la información relevante para que el postor pueda decidir su participación debidamente informado, sin perjuicio de su autorresponsabilidad de obtener la información que le sea necesaria y posible dentro del tiempo que tiene para decidir su postulación y estructurar su mejor propuesta técnica y económicamente.

Durante *la preparación de las bases del proceso*, la actuación unilateral en la conformación de las reglas del proceso, del esquema contractual y las condiciones de selección hacen el momento idóneo para evidenciar la calidad y suficiencia de la información que se traslada a los postores potenciales. Particularmente teniendo en cuenta que no existe propiamente tratativas o negociaciones, sino imposición de reglas y adhesión del postor, es que la buena fe conduce a que se traslade a los postores toda la información necesaria referida principalmente a los riesgos contractuales, a su asignación y en la elaboración del contrato de modo que refleje un óptimo contractual,³⁶ entendido como el esquema contractual óptimo, tanto para la Administración como para el contratista, y no uno sesgado hacia los intereses de la administración.

Es atentatorio contra la buena fe precontractual incluir como reglas en el contrato disposiciones para imponer una cláusula con los árbitros de un centro de arbitraje en particular, la renuncia de derechos del contratista, crear más requisitos que los que la ley exige para que el contratista adquiera un derecho contractual, o que la administración se libere de cargas que la normativa o la buena práctica de la contratación exigen, entre otros. Si bien la entidad posee competencia discrecional para poder configurar los elementos de las bases, tienen a su cargo la responsabilidad por su plenitud, confiabilidad y actualidad.³⁷

La información previa para el proceso de selección se trasunta en el expediente técnico, en los términos de referencia, en el estudio de factibilidad así como en las reglas para la ejecución del contrato. Todas ellas deben contener información

36 Término acuñado por Monedero Gil, José Ignacio (1977). *Doctrina del contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales, p. 313.

37 La doctrina colombiana agrega a estos atributos de la información que se transmiten en las bases, la carga de la “claridad de la información” por parte de la administración, según la cual, “si el oferente presenta su oferta con fundamento en los estudios previos y en el contenido del pliego, y son incompletos o errados, habrá responsabilidad de la administración”, del mismo modo, como si el pliego “no comprende todos los estudios propios de las ofertas, no comprende todos los estudios propios del principio de planeación u omite el cumplimiento de requisitos obligatorios y previos al proceso (licencias de construcción, licencias ambientales, adquisición de predios concordantes con la ruta crítica del proyecto), será una responsabilidad que debe asumir la administración, dada la carga de claridad que le es imputable en el documento que va a regir todo el proceso contractual. Los errores en el contenido del pliego que hayan dado origen a una equivocación del oferente y futuro contratista acerca de las condiciones en que se ejecutará el contrato no permiten, endilgar el riesgo de su ejecución al particular.” González López, Edgar (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley No. 1150 de 2007 y sus decretos complementarios*. Serie Derecho Administrativo 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 92 y ss.

confiable, completa y actual, como imperativo de la obligación de actuar de buena fe en este momento, pues

"[...] no se satisface simplemente con el cumplimiento formal por parte de las entidades públicas de las prescripciones legales, es decir, con una elaboración a la ligera de los estudios, planos, diseños y pliegos de condiciones; puesto que la buena fe contractual le impone la carga de extremar la diligencia y la actividad profesional necesaria para confeccionar un esquema contractual óptimo, que reúna todas las exigencias legales, técnicas y económicas que permitan la selección objetiva del contratista y el cumplimiento del objeto contractual. Máxime, si se tiene en cuenta que el contrato estatal es un típico negocio jurídico de adhesión, elaborado unilateralmente por la Administración Pública sin ninguna participación del futuro contratista, quien se limita a presentar su propuesta ciñéndose estrictamente a las bases planteadas en el pliego de condiciones. De ahí que como contrapartida, la entidad licitante con fundamento en las exigencias éticas de la lealtad, probidad y el espíritu de cooperación, inherentes al postulado de la buena fe que debe inspirar a las partes en la celebración de los contratos, habrá de realizar un gran esfuerzo para hallar un punto de equilibrio entre el interés público y el interés del administrado".³⁸

Ejemplos típicos de defectos en la información necesaria a los postores es la omisión por parte de la entidad pública de elaborar los estudios, planos y diseños, especificaciones técnicas y pliegos de condiciones, o su preparación en forma incompleta, errónea o ambigua, porque en todos estos casos

"[...] impedirían posteriormente la comparación objetiva de las propuestas, lo que debe conducir a que la licitación se declare desierta; o afectara necesariamente la normal ejecución del contrato en detrimento de la comunidad o del patrimonio del contratista, por los cambios que más adelante se deban introducir al objeto de la relación jurídica, por la falta de previsión al momento de preparar los documentos (suspensiones temporales de plazo, cambios de especificaciones técnicas, obras adicionales, prorrogas, etc)".³⁹

En específico algunos casos de información relevante para la formación del consentimiento del postor, permitirle una decisión informada para preparar la propuesta técnica y económica acorde a su interés y decidir la postulación al proceso son las referidas a los *riesgos contractuales*, en particular los que le pretenden asignar, como las características del terreno sobre el que se edificará la obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción, la fecha de entrega de los

38 Escobar Gil, Rodrigo (2000). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Colombia: Legis, p. 233.

39 Loc. cit.

terrenos, la situación liberada o no de los terrenos o instalaciones donde se ejecutarán las prestaciones y en su caso, la fecha de su liberación o expropiación, las licencias y permisos que serán aplicables para realizar la actividad, la información sobre los restos arqueológicos en la zona, la existencia de oposición de grupos sociales específicos (gremios, sindicatos, pobladores, etc.) al proyecto, las contingencias de juicios, embargos o cargas que puedan afectar la ejecución del proyecto, la certificación presupuestal para contratos plurianuales, la superposición con otros proyectos que el propio Estado tiene proyectado realizar, los lugares y procedimientos para la entrega de bienes suministrados en diversos locales de la entidad, los estudios que pudiera tener el Estado sobre tendencias futuras de la demanda de un servicio público que se busca concesionar, los pasivos ambientales preexistentes, etc.

Igualmente afecta el deber de información si esta información es suministrada a los postores, pero con el agregado de ser una información “meramente referencial”, que no obstante, el contratista debe “hacer sus propios análisis bajo su responsabilidad” o simplemente información errada (ej. afirmar que no había restos arqueológicos cuando no se había obtenido el CIRA). En esa misma línea, la entrega de información no ajustada a ley, por ejemplo, si el expediente técnico ha incluido una fórmula polinómica elaborada contraviniendo las reglas previstas. En estos casos es claro que se ha privado de eficacia a la información entregada.

4.2. *El deber de transmitir información veraz, completa y fiable durante el proceso de selección mismo: la absolución de consultas*

En la conducción del proceso, en adelante también el deber de brindar información, tiene presencia importante en el momento de la absolución de las consultas⁴⁰ que los postores buscan precisamente por encontrar que la información presentada inicialmente está incompleta, es contradictoria o inexacta.

El acto más importante de esta fase es *el pliego de absolución de consultas* que la entidad debe comunicar a los participantes aportando la información solicitada para esclarecer las bases materia de la convocatoria. Esta respuesta debe cumplir con el estándar del deber de información poseyendo fundamentación suficiente al absolver cada una de las consultas de los postores, no solo expresando una posición, sino motivándola jurídica y fictamente suficientemente para convencer de la corrección de su posición. Solo así los postores tendrán conocimiento cierto y predecible de las reglas de juego del proceso. La autoridad incumple con absolver cabalmente las consultas si no se sustenta debidamente su posición, limitándose a responder escuetamente “no”,

40 Ver Morón Urbina, Juan Carlos (2006). “Régimen legal de las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección”. En: *Preguntas y respuestas sobre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. García Consultores & Editores, pp. 17-36.

“estese a lo indicado en las bases” o indicar que la documentación respectiva será puesta en conocimiento en su oportunidad.

La necesidad de la claridad de contenido del pliego absolutorio nos indica que la posición que expresa la autoridad al absolver la consulta no debe ser evasiva, confusa o incoherente, sino con fundamento explícito para permitir atender las interrogantes que motivaron su formulación. No debe partirse de la idea que las bases son claras per se, ya que habiendo consultas, resulta evidente que algo necesita ser mejorado en su exposición de ideas para permitir su comprensión por los participantes. Por tanto, resulta contradictorio con esta regla, que las respuestas que reproducen las bases consultadas se limiten a señalar que el participante debe ceñirse a las mismas bases o a alguna norma legal, o que no guarden conexión lógica con lo consultado, cuando se responde ambiguamente con verdades a medias, o haciendo creer una situación inexacta al consultante. En esta misma línea, contraviene el deber precontractual de informar, absolver una consulta informando a medias las realidades, inducir a error por evadir una consulta que precisamente quiere fijar con claridad una información o, incluso, no actualizar la información cuando hubo un cambio de circunstancias respecto a la información suministrada anteriormente durante el mismo proceso. No podríamos cerrar esta revisión al deber de información en la fase de absolución de consultas si no concluimos afirmando que cuando la administración incurre en cualquier incumplimiento, la no presentación de consultas al respecto por parte de los postores no sana el vicio. No es arreglado a derecho pretender regularizar su propia falta al deber de información, precisamente porque no fue advertido por el postor. Ello equivaldría a trasladarle al postor el riesgo de la transgresión al deber de información exonerándosela al verdadero autor, aprovechándose de su confianza. Como bien afirma González López a este respecto

"consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas incorporadas sean claras y completas y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues es de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción".⁴¹

4.2.1. *El deber de transmitir información veraz, completa y fiable para el perfeccionamiento del contrato ya adjudicado*

Al momento de perfeccionar el contrato, el deber de información también tiene presencia porque siendo una fase adjetiva de concreción del contrato, la información

41 González López, 2010: 91 y s.

al postor debe fluir clara y lealmente para permitir la celebración del contrato y no provocar su frustración. En esa medida, la información sobre los documentos a presentar para la firma o en su caso, la causa de las observaciones a la ya presentada debe guiarse por la regla del deber de información y buena fe precontractual.

Como corolario, en nuestra opinión el deber precontractual de suministro de información es un imperativo derivado del principio de buena fe, de especialísima utilidad en la fase de formación del contrato administrativo como una técnica de protección al postor que es una parte desigual y debilitada en la formación de su libertad de negociación del contrato al no permitirle tutelar adecuadamente sus intereses durante la fase de postulación.^{42 43} Sin perjuicio de tratarse de una pequeña empresa o una gran transnacional, el postor se encuentra sumamente debilitado en esta fase contractual, impedido de proponer, obligado a adherirse en bloque o no participar, por la plena pre-disposición de las reglas por la autoridad, y además por el lapso perentorio que existe ordinariamente para preparar propuestas.⁴⁴

4.2.2. *¿Qué características tiene el deber de informar a los postores a cargo de la administración convocante?*

Cuando en la formación de los contratos administrativos concurren los siguientes elementos, podemos afirmar que hay obligación de la entidad de proporcionar correcta y oportunamente información a los postores:

- i) una información relevante que amerita ser conocida por el postor para formular su propuesta técnica y económica debidamente estudiada. Por ejemplo, es relevante conocer las características del terreno sobre los

42 De la Maza Gazmuri, 2009: 135.

43 La posición del postor en esta fase es análoga a la del consumidor en una relación del consumo merecedor de tutela como ha sido reconocido por el Código RENEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea. Dicho documento enuncia que “la legislación de la UE en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se aplicara mutatis mutandi cuando el contratista pueda considerarse un consumidor a los efectos de dicha legislación”. *Código RENEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea* (2015). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP. Colección Monografías. Abril, p. 238. Código académico de procedimiento administrativo de la Unión Europea elaborado por la red ReNEUAL de investigación en Derecho administrativo de la UE (Research Network on EU Administrative Law), integrada por más de un centenar de profesores de toda Europa. El referido Código se encuentra disponible en la web de dicha red (www.reneual.eu).

44 La Ley 80 de 1993, artículo 24 numeral 5) contiene entre las cláusulas ineficaces de pleno derecho en los pliegos de concursos a las cláusulas que determinen renunciaciones anticipadas al ejercicio de derechos legales del proponente o exoneraciones de responsabilidad de la administración por la información suministrada; incluyan obligaciones de imposible cumplimiento; induzcan a error al proponente o incorporen la formulación de ofrecimientos de extensión limitada.” Véase: González López, Edgar (2010).

cuales se edificará una obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción, la fecha de entrega del terreno, la situación liberada o no de los terrenos o instalaciones donde se ejecutarán las prestaciones y en su caso, la fecha de su liberación o expropiación, la información sobre los restos arqueológicos en la zona, la existencia de oposición de grupos sociales específicos (gremios, sindicatos, pobladores, etc.) al proyecto, las contingencias de juicios que puedan afectar la ejecución del proyecto, la certificación presupuestal para contratos plurianuales, la superposición con otros proyectos que el propio Estado tiene proyectado realizar, los lugares y procedimientos para la entrega de bienes suministrados en diversos locales de la entidad, los estudios que pudiera tener el Estado sobre tendencias futuras de la demanda de un servicio público que se busca concesionar, los pasivos ambientales preexistentes, etc. Nótese que toda esta información corresponde ser elaborada con anticipación por la autoridad dentro del ciclo de planeamiento de la acción del estado y, por ende, es información bajo su control.

- ii) La ignorancia legítima del postor de la información relevante, quien la necesita para presentar una seria propuesta. Sin que pueda exigírsele que la busque, pida, obtenga y analice por sí mismo en el plazo para la preparación de la propuesta, existiendo una asimetría informativa por ser información que administra el Estado.
- iii) El conocimiento real o, imputado, por la normativa y el principio de la buena fe de esa información relevante por la administración convocante al proyecto.
- iv) La ausencia del suministro de la información a la otra parte: que se puede presentar no transmitiendo la información que posee, no informándose debidamente (mantenerse en situación de desconocimiento) para no trasladar la información relevante a la otra parte, suministrando información defectuosa (incompleta, oscura, inexacta, falsa o insuficiente, etc.), pretender limitar su responsabilidad de entregarla durante la negociación, transferir el deber de su obtención a la otra parte, o restando credibilidad a la información entregada o excluyendo su responsabilidad por ella, informar a medias, inducir a error, o no actualizar información cuando hubo un cambio de circunstancias respecto a la información suministrada anteriormente durante el mismo proceso.

Finalmente, cabe reflexionar si el deber de suministrar esa información a los postores se agota con su consignación escondida entre las reglas del proceso, entremezclada con las demás reglas o haciendo referencia a otras disposiciones o directivas o normas; o, por el contrario, es necesario además en función de la relevancia de la

información, que la entidad adopte un rol más activo que resguarde de mejor manera la cognoscible para el postor. En nuestra opinión, para que el suministro de información sea conforme al principio de buena fe, en este caso de información, no basta la autorresponsabilidad del postor para conocer alguna información escondida, sino que es indispensable una actividad comprometida y promotora de la administración para hacer notar esa información al postor. Como bien afirma el Código ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law) de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea:

"Solo cabrá invocar frente al contratista condiciones generales de los contratos presentadas por una autoridad de la UE y que no hayan sido negociadas individualmente, si el contratista las conocía previamente o si la autoridad de la UE adoptó medidas razonables para llamar la atención del contratista sobre las mismas, ya fuera antes o durante la celebración del contrato. Una mera referencia a dichas condiciones en un documento contractual no bastara para considerar que se ha llamado la atención del contratista sobre ellas suficientemente, incluso en el caso de que el contratista haya firmado el documento".⁴⁵

5. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN A LOS POSTORES

En materia de contratos públicos, la ausencia del deber de información por lo general conduce a la celebración de un contrato válido, pero que resulta desventajoso para el contratista como consecuencia de la transgresión al deber de informar incurrido por la propia entidad convocante.⁴⁶ Tratándose de un contrato administrativo que está dirigido a atender finalidades públicas que ameritan su continuidad, no resulta eficiente optar por la desvinculación contractual o la anulación del contrato en sí. Se afectaría el interés público de una determinada obra, el servicio público o el ingreso a la función del bien adquirido, desvinculándose el contratista para buscar otro que retome el proyecto. En tales "supuestos tradicionalmente se admite que, como regla general, la parte perjudicada por el contrato que le vincula en condiciones desventajosas como consecuencia de la responsabilidad precontractual de la otra parte, tendrá un derecho a una indemnización".⁴⁷

45 Código RENEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (2015). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Colección Monografías. Abril, p. 224. Código académico de procedimiento administrativo de la Unión Europea elaborado por la red ReNEUAL de investigación en Derecho administrativo de la UE (Research Network on EU Administrative Law), integrada por más de un centenar de profesores de toda Europa. El referido Código se encuentra disponible en la web de dicha red (www.reneual.eu).

46 García Rubio, María Paz y Otero Crespo, Marta (2010). "La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo". En *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona. Ver www.indret.com

47 *Ibidem*, p. 50.

Un ejemplo ilustrativo en la región lo podemos encontrar en el Consejo de Estado de Colombia,⁴⁸ que condenó a los demandados La Nación y los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía a pagar una indemnización a los demandantes Endesa de Colombia S.A. y otros, por la omisión al deber de informar en la etapa precontractual de la situación económica y financiera de la Central Hidroeléctrica de Betania, en particular de un pasivo frente a ISAGEN por concepto del uso de la energía y del costo del funcionamiento de las plantas termoeeléctricas de Ocoa y Gualanday.

En este caso, la Nación ofreció en venta al público las acciones que tenía en la Central Hidroeléctrica de Betania, pero no cumplió con informar la deuda que existía frente a ISAGEN por la suma de \$ 212 915,494, pese a que entregó los estados financieros y contables a través de la sala de información en los que no fue incluida esa deuda como pasivo.

En esta sentencia, el Consejo de Estado colombiano afirmó la siguiente doctrina:

- El deber de informar es una derivación del principio de buena fe contractual.

"Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes [...] y por ello hoy en día también se habla de un "deber de cooperación" o de solidaridad contractual que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante [...] lo que se acaba de expresar se realiza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad [...]".

- ¿Cuándo es exigible el deber de información a los postores?

Hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relacio-

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C (Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa), Sentencia del diecinueve de noviembre de dos mil doce, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043).

nes contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato. En efecto, tales casos son: a) Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; b) Cuando una parte le pide una determinada información a la otra; c) Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y d) Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes.

- ¿Cuál es la relación entre el deber de información y la autorresponsabilidad informativa?

Se reconoce que el deber de información encuentra sus limitantes en la misma ley y en la carga de la autorresponsabilidad negocial. Según la primera limitante el deber de informar no comprende todo aquello que la ley prohíba revelar. De acuerdo con la segunda, cada parte debe desarrollar una conducta activa y diligente en relación con el íter contractual, en especial en la etapa previa, y por consiguiente ha de procurar informarse para luego informar y como quiera que ha de conocer suficientemente sus derechos y sus obligaciones, así como las cosas sobre las que estos recaen, se sigue que no se debe informar todo aquello que la otra parte ha podido saber por sí misma con normal diligencia, como tampoco lo atinente a la naturaleza, medida o extensión de sus derechos, sus obligaciones o sus cosas puesto que, se repite, cada uno debe conocer lo suyo, a menos que el conocimiento de lo propio requiera de especiales conocimientos que el titular no tenga y que no deba tener en razón de su profesión u oficio.

- ¿Cuáles son las calidades de la información que la entidad debe suministrar a los postores?

La información proporcionada a los postores debe ser auténtica, completa y veraz. La información es *veraz* cuando corresponde con la realidad, es *auténtica* cuando coincide con la fuente de la que se ha tomado y es *completa* cuando contiene todos los datos inherentes al asunto informado. Por consiguiente, cuando se debe informar, bien sea porque la ley lo ordena o porque se trata de alguno de los casos atrás enunciados con sus limitantes, esa información debe corresponder con la realidad, debe coincidir con la fuente de la que se ha tomado y debe contener todos los datos inherentes al asunto informado, así y solo así se puede decir que se ha cumplido con el deber de brindar información.

- ¿Cuándo se configura el incumplimiento al deber precontractual de informar?

Para que se configure el incumplimiento del deber precontractual de informar es necesario que concurren estos tres requisitos: a) El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando esta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; b) La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de informar; y c) La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce. En síntesis, el incumplimiento del deber de información supone la concurrencia de los tres requisitos que se acaban de mencionar y también se configurará cuando, a pesar de haberse informado, la información no es veraz o auténtica o completa.

6. ALGUNAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LA FORMULACIÓN DE BASES DE CONCURSOS DE SELECCIÓN

A partir de lo expuesto en el presente ensayo podemos afirmar que es una exigencia jurídica para ambas partes —administración convocante y los postores— durante el proceso de formación del contrato administrativo sujetarse al deber recíproco de suministrar información relevante para que la otra parte pueda tomar su decisión de contratar y formar su consentimiento debidamente informado.

Ahora bien, este deber es de mucho mayor contenido para la entidad, por cuanto al ser quien convoca, atrae y promueve el contrato, ha transitado los procedimientos internos de autorizaciones y declaración de viabilidad del proyecto y acuerdo diseñándolo debidamente y, además, está sujeto al deber de transparencia informativa no solo hacia el contratante sino hacia toda la colectividad. Si bien este deber de información no parece quedar explícitamente incorporado a la normativa de contrataciones, deriva suficientemente del principio de moralidad que rige la contratación pública⁴⁹ y del principio de conducta procedimental o buena fe⁵⁰ que aplica a todos los procedi-

49 Artículo 4º.- Principios que rigen las contrataciones

b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las *reglas de honradez*, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

50 LPAG, Título Preliminar, Artículo IV:

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la *buena fe*.

mientos administrativos, incluyendo a los procesos de selección, sin necesidad de acudir a fuentes extradministrativas —de orden también supletoria— como es el artículo 1362 del Código Civil⁵¹ por el que los contratos —incluyendo el administrativo— deben negociarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.⁵²

Contradictoriamente, nuestra experiencia nos revela el hábito de considerar en las bases del diversos de procesos de selección reglas que reflejan precisamente lo contrario: patologías que esconden el deber de informar de la administración, evasiones a la buena fe de los postores y hasta pretenden cohonestar el déficit de información que se brinda a los postores o transferirles la carga de la autorresponsabilidad en la obtención de la información aun cuando se le entrega algo de información. De alguna manera, se confirma la tendencia que también se ha advertido en la contratación privada por adhesión, en la que cuando una de las partes tiene la competencia para definir sin negociación los términos definitivos del próximo contrato e invitar a los terceros que postulen, tiende naturalmente a presentar disfunciones, tales como: i) El invitante como parte interesada, al redactar las bases de los procesos, no contempla racionalmente los intereses y derechos del postor indeterminado sino exclusivamente el propio; ii) El invitante al redactar las reglas del contrato fortalece su posición contractual y debilita las condiciones de la otra parte (ej. transfiere riesgos y prestaciones onerosas, esconde información sensible, expresa su desconfianza hacia el proponente con penalidades excesivas); iii) Tiene predisposición a incluir cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente (abuso de la posición preeminente de la entidad); y, iv) Tiene predisposición a la inclusión de cláusulas vejatorias o leoninas (ej. Sometimiento a cláusulas ilegales, limitación de responsabilidad del Estado, imposición de jurisdicción, pérdida de derechos, etc.)

Por eso no podemos dejar de coincidir con lo manifestado por Espinoza⁵³, en el sentido que: “Paradójicamente, los confines del actuar conforme a la buena fe se delimitan con más claridad cuando se identifican los comportamientos que contravienen este principio (es decir, el actuar de mala fe)”.

A dicho efecto, hemos clasificado estas reglas patológicas en sus tres principales expresiones: i) Las cláusulas que pretenden el sometimiento del postor a todas las reglas del proceso, la sujeción a las reglas ilegales y la renuncia al derecho al reclamo;

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

51 Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

52 En términos planteados por la doctrina, estamos ante una expresión atípica del deber de informar que no ha sido el legislador quien por norma jurídica impone expresamente el deber (modalidad típica del deber), sino que deriva naturalmente del principio de buena fe, que sí ha sido incorporado expresamente en el ordenamiento. Véase De la Maza Gazmuri, Iñigo (2010).

53 Espinoza Espinoza, 2013: 879.

ii) Las cláusulas que limitan la responsabilidad de la administración por la información que ella misma proporciona a los postores; y, iii) Las cláusulas que pretenden la auto-responsabilidad informativa del postor, sanear o exonerar defectos en la información de las bases de las licitaciones, a partir de la obligación de visitar lugar de la obra.

6.1. *La cláusula de sometimiento del postor a las reglas del proceso, la sujeción a las reglas ilegales y la renuncia al derecho al reclamo*

La primera cláusula patológica es la que afirma —bajo diversas formulaciones— que el postor por el solo hecho de presentar una postura al proceso ha quedado sometido en extenso a todas las reglas del proceso, sin poder reclamar posteriormente respecto de cualquier de esas reglas creadas unilateralmente por la propia entidad convocante. Pretensión que viene muchas veces aparejada con una declaración jurada del propio postor, en ese mismo sentido. Así, se pretende lisa y llanamente que por el sometimiento a las bases se ha renunciado a algún derecho, por ejemplo el del reclamo, y no puede luego irse contra esa situación.

Una formulación usual de esta cláusula suele ser la siguiente:

XXX. La sola aceptación del sobre 1) constituirá, sin necesidad de acto posterior alguno, la aceptación de todo lo dispuesto en el número XX por parte del postor y, en su caso, del constructor, así como su renuncia irrevocable e incondicional, de la manera más amplia que permitan las Leyes aplicables, a plantear cualquier acción, reconvencción, excepción, reclamo, demanda o solicitud de indemnización contra el Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este o por PROINVERSION, o el Gobierno Regional o los asesores.

Esta formulación usual en las bases del proceso tiene en su cimiento la teoría desarrollada por el derecho administrativo conocida como “el sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite de la posibilidad de cuestionamiento posterior”⁵⁴ que si bien tiene una base de apoyo —en la doctrina de los actos propios—, aquí tiene una aplicación exorbitada. Por esta doctrina, afecta la prohibición de ir contra los actos propios, si se admitiera que quien voluntariamente se ha sometido inicialmente a unas reglas generales, sin ninguna reserva expresa, está impedido posteriormente a cuestionarlas. En este sentido, se opina que “quien acata una norma sin expresar reservas, teniendo la posibilidad de hacerlo, no puede desconocerla más tarde preten-

54 Una revisión de esta teoría la podemos encontrar en Comadira, Julio (2010). “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”. En *Cuestiones de control de la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones RAP, pp. 120, 123 y 124; Orlanski, Leonardo (2004). “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”. En *Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com*, 12 de noviembre.

diendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se derivaren en el campo de las relaciones jurídicas”.⁵⁵

Como se puede apreciar, esta teoría requiere algunas condiciones para su aplicación concordante con la buena fe. Estas son: i) Que exista un sometimiento pleno o incondicionado, la decisión libre de sujetarse a un régimen jurídico. Esto implica que el interesado no haya presentado de forma expresa observaciones o reparos al régimen jurídico al cual se ha sometido; ii) Que ese sometimiento sea verdaderamente voluntario, entendido como aquella conducta ejecutada con discernimiento, intención y libertad, y que el sometimiento no haya sido coaccionado para poder participar en el régimen, de modo que si se planteaba algún cuestionamiento previo, su participación hubiese sido descartada; iii) Que el régimen jurídico al cual se acoja sea legítimo o constitucional.

En efecto, la prohibición de ir contra los actos propios no puede extenderse a casos en los que se pretenda el sometimiento a disposiciones que sean contrarias a las normas legales y a la Constitución, como la renuncia a derechos constitucionales y legales como el de reclamar por actos ilegales por las vías legales comunes. Por tanto, esta teoría es válida únicamente en tanto exista un sometimiento libre e incondicionado y realmente voluntario a un régimen jurídico legítimo o constitucional.

Ahora bien, si aplicamos el criterio contenido en esta teoría en el supuesto bajo comentario, entendiendo como “régimen jurídico” a las bases de un proceso de selección, pues son estas las reglas del proceso y del contrato, no será posible pretender que se cumplen las condiciones que permitan afirmar que existe un sometimiento voluntario. En este sentido, una regla por la que se pretendiera que el postor no puede cuestionar la ilegalidad de alguna regla del proceso por haber presentado propuesta no tiene acogida constitucional, debido precisamente a que ni la buena fe ni la prohibición de ir contra los actos propios sirven para subsanar o sanear la ilegalidad de origen de alguna cláusula general, ni tampoco puede ser válida, por cuanto precisamente la única forma de cuestionarla es participando en el proceso e impugnarlo desde adentro y si hubiera practicado alguna reserva, su propuesta hubiera sido declarada inadmisibles. Como afirma Mairal, si el postor luego de presentar la propuesta cuestiona las bases del proceso por ilegales, “no se puede hablar aquí de contradicciones violatorias de la buena fe o de la apariencia creada en detrimento de terceros”.⁵⁶

Otra forma de expresar esta equivocada regla del “sometimiento voluntario a las reglas del proceso” aunque sean disposiciones ilegales se expresa en considerar que cuando el postor no realiza las observaciones a las reglas dentro de la etapa

55 Borda, Alejandro (1993). *La teoría de los actos propios*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 135. También puede revisarse en el mismo sentido: López Mesa, Marcelo (2013). *La doctrina de los actos propios, Doctrina y jurisprudencia*. Tercera Edición. Editorial BdF.

56 Mairal, Héctor, 1988: 181.

correspondiente las está consintiendo, aunque fueran ilegales, irrazonables o desproporcionadas y, por ende, ha renunciado al derecho de reclamarlo. Así por ejemplo, se afirma que “cuando los pliegos contuvieran cláusulas ilegales, limitativas, oscuras, que induzcan a error, o de objeto imposible, así como exigencias que contravengan el pliego reglamentario o la ley, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no ajustadas por ley, o cláusulas que no se ajusten al objeto del llamado, los oferentes y terceros interesados deben impugnar el pliego”.⁵⁷ Esta tesis se complementa afirmando que “las normas contenidas en los pliegos permiten a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado el proponente oportunamente ni observaciones ni impugnaciones, las aceptó y consintió”.⁵⁸

Contradictoriamente esta tesis carece, al igual que la anterior formulación, de una base sólida en el principio de ir contra los actos propios, porque la posibilidad de presentar reclamos o consultas por reglas ilegales es un derecho y no una carga de los postores, ni, por tanto, su omisión, puede sanear las contravenciones a las leyes que la administración haya perpetrado en las bases de los procesos.

6.2. *Las cláusulas de limitación de responsabilidad por la información que se proporciona a los postores*

Una revisión de las bases de los procesos convocados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión⁵⁹) nos revela la unanimidad con que sus

57 Rodríguez, María José (2013). *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Buenos Aires: Editorial Sabaco de Rodolfo Depalma, p. 84.

58 En Argentina, Dictámenes de la Procuraduría del Tesoro, 233:94; 234:452; 259:415; 266:122; 268:345; 277:91. Citados por *Ibidem*, p. 84.

59 Estas reglas aparecen sistemáticamente en las bases de los procesos de selección convocados por ProInversión, como por ejemplo, en las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de obras mayores de affianamiento hídrico y de la infraestructura para irrigación de las Pampas de Siguan (cláusula 3.4.), del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en conclusión del proyecto Obras de Cabecera y conducción para el abastecimiento de agua potable para Lima (cláusula 3.4.), Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el proyecto “primera Etapa de la subestación Carapongo y enlaces de conexión a líneas asociadas (cláusula 1.4.), Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el Proyecto “Masificación de Uso de Gas Natural-Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en las Regiones de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Junín, Cusco, Puno y Ucayali (cláusula 1.4.), Concurso Público Internacional para Otorgar en concesión el Proyecto “Sistema de Abastecimiento de LNG para el Mercado Nacional” (cláusula 1.4.), Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el Proyecto Sistema de Abastecimiento de GLP para Lima y Callao (cláusula 1.4.), Licitación Pública Internacional Proyecto “Suministro de Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas” (cláusula 1.4.), Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el proyecto “primera etapa de la subestación Carapongo y enlaces de Conexión a Líneas Asociadas” (cláusula 1.4.), Licitación Pública Internacional para promover la inversión privada en el Proyecto “Central Terminal Quillabamba” (cláusula 1.4.), Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el Proyecto Línea de Transmisión

bases incluyen una fórmula de exclusión de la responsabilidad absoluta por la información que presenta en la sala de datos (DATAROOM) o que, de una u otra forma, proporciona a los postores a lo largo del proceso de selección. La citada cláusula se nos presenta *mutatis mutandi*, en los siguientes términos:

3.4.2. Limitación de responsabilidad

El Estado de la República del Perú o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, ProInversión, el Comité, el Gobierno Regional, o los asesores no se hacen responsables, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos de o dentro del Concurso. En consecuencia, ninguna de las personas que participen en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este Numeral.

3.4.3. Alcances de la limitación de responsabilidad

La limitación enunciada en el numeral 3.4.2. Alcanza de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el Estado de la república del Perú o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o por PROINVERSION, el Comité, el Gobierno Regional, o los asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.

La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en las Salas de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiriera durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y los que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios, Apéndices y Anexos.

En línea con lo que hemos venido afirmando en el presente ensayo esta cláusula aparece como paradigmática en la que la administración pretende excluir su

Azángaro-Julio-Puno 220 kv”, (cláusula 1.4.), Concurso Público “Instalación de Banda Ancha para la conectividad Integral y desarrollo social de la Región Huancavelica” (cláusula 3.4.), Concurso Público “Conectividad Integral en Banda Ancha para el desarrollo social de la zona norte del país-Región Lambayeque” (cláusula 3.4.).

responsabilidad por la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que suministre a los postores dentro del concurso. No se trata de tolerar la no entrega de información a los postores, sino precisamente pretender quitarse la responsabilidad estatal precontractual por la información que presenta y comunica a los postores. De ahí, que nos encontramos frente a una cláusula de exclusión de responsabilidad absolutamente contraria al principio de buena fe en la formación del contrato, que nos hace recordar a las cláusulas abusivas o vejatorias⁶⁰ de los contratos con cláusulas predispuestas, esto es, no negociada individualmente, sino que su incorporación viene impuesta por una sola de las partes, precisamente la que se pretende evadir de su responsabilidad precontractual de lealtad y suministro de información. En nuestra opinión, esta estipulación es inválida en aplicación de lo previsto expresamente en el artículo 1398 del Código Civil que explícitamente indica que

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

6.3. *La obligación de visitar el lugar de la obra como instrumento para sanear o exonerar defectos en la información de las bases de las licitaciones*

Resulta bastante común que las bases de las licitaciones contemplen la exigencia que los postores visiten las instalaciones de la entidad en las que prestarán servicios o los lugares en que realizarán las labores de construcción de modo previo a la presentación de las propuestas. Así, lo apreciamos frecuentemente en las bases de los procesos convocados para seleccionar ejecutores y consultores de obra, o también en el caso de locadores, cuando sus servicios serán prestados dentro de la infraestructura de la entidad (ej. servicios de vigilancia, seguridad, limpieza, etc.), esto es, en contratos en los que el proveedor tiene a su cargo prestaciones de hacer a favor de la entidad.

No obstante esta regular inclusión en las bases, a diferencia de otros ordenamientos regionales de la materia,⁶¹ la regulación nacional silencia esta exigencia del contratista permitiendo que su inclusión surja dentro del margen de discrecionalidad

60 Expresión acuñada por Messineo y adoptada por la doctrina contractual, para referirse a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, prórroga de jurisdicción, caducidad o compromiso, elaboradas unilateralmente e impuestas a la otra parte sin capacidad de negociación.

61 La figura de la visita al lugar de la obra aparece regulada, por ejemplo, en los ordenamientos brasileño, mexicano y paraguayo.

Ley 8666, Ley Licitaciones y Contratos de la Administración Pública (Brasil)
Artículo 30.- La documentación relativa a la calificación técnica se limita a:

que cada entidad posee para fijar las reglas del proceso y, en no pocos casos, con frecuentes distorsiones en su empleo.

Un obvio propósito de esta visita previa de los postores a las instalaciones de la entidad o a la zona donde se realizará una obra es permitirles contar con información actual y directa del entorno físico donde prestará el servicio para presentar una propuesta técnica y económicamente seria, o lo que podríamos llamar una propuesta suficientemente informada. En ese sentido, al postor le permite apreciar el estado de las maquinarias cuya repotenciación o mantenimiento se solicita, de la infraestructura a ser empleada para el servicio de alimentación, la ubicación de los locales en los que prestará servicios de limpieza, de mensajería, seguridad y vigilancia; las condiciones en las que se ejecutará la obra (zona de la obra, disponibilidad de mano de obra en la localidad, medios de transporte al lugar, vías de accesos, situación del terreno, ubicación de canteras o de las zonas de campamentos), y en general apreciar visualmente cualquiera de las condiciones locales que puedan afectar el desarrollo de la obra, etc. En todas estas circunstancias es innecesario insistir que estamos frente a circunstancias que guardan importancia para formular una oferta seria e informada, más allá de lo que pueda comunicar el expediente técnico y las propias bases del proceso.

No obstante, debemos también considerar que mediante la visita a la obra o a las instalaciones de las entidades se hace demostrable la transferencia al postor de los riesgos de la operación derivados de condiciones físicas apreciables visualmente en esta acción. Por ejemplo, habiendo facilitado la visita in situ a los postores, será de su responsabilidad el cumplimiento de sus prestaciones o el plan de trabajo propuesto

III.- Comprobación, proporcionada por el órgano licitante, de que reciben los documentos y, cuando son exigidos, de que toman conocimiento de todas las informaciones y las condiciones locales para el cumplimiento de las obligaciones objeto de la licitación.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (México)

Artículo 33.- Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria y hasta siete días naturales previos al acto de presentación y apertura de proposiciones, y contendrán, como mínimo, lo siguiente:

B. En materia de obra pública, además contendrán:

6. Lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, la que se deberá llevar a cabo dentro de un plazo no menor de diez días naturales contados a partir de la publicación de la convocatoria, ni menor de siete días naturales anteriores a la fecha y hora del acto de presentación y apertura de proposiciones;

Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas de Paraguay.

“Artículo 50.- Visita al sitio de obras en las licitaciones para la contratación de obras.-

En las licitaciones que tengan por objeto la contratación de obras públicas, el oferente podrá visitar e inspeccionar la zona de las obras y sus alrededores, para obtener toda la información que pueda ser necesaria para preparar la oferta. Los gastos relacionados con dicha visita correrán por cuenta del oferente. La visita al sitio de la obra podrá estar regulada en el Pliego de Bases y Condiciones con indicaciones de fecha, hora y procedimiento. Además, todo oferente que no efectúe dicha visita, estando está regulada en el Pliego, deberá declarar expresamente en su oferta que conoce el sitio de los trabajos y que cuenta con la información necesaria relativa a la zona para preparar la oferta y celebrar el Contrato.”

no pudiendo luego plantear renegociaciones o adicionales, excusar incumplimientos en razón de las condiciones en las que se prestará el servicio y que eran apreciables al momento de la visita, o el estado de la maquinaria a repotenciar. De este modo, se considera más allá de toda duda razonable que eran plenamente conocidos o por lo menos reconocibles la lejanía de los locales o accesos a los locales en los que prestaría servicios de limpieza, de mensajería, seguridad o de vigilancia. Igualmente, en el caso de obras, también se podrá reputar que han sido apreciados el clima en la zona de la obra, la falta de disponibilidad del terreno o de mano de obra, los costos de los medios de transporte al lugar, la inaccesibilidad de las vías de accesos, la lejanía de las canteras o de las zonas de campamentos, etc.⁶² En este sentido, compartimos la posición de la doctrina que califica a la visita del postor como un medio incuestionable también para demostrar en el momento de ejecución que el postor tomó conocimiento (o por lo menos, se le dieron las facilidades para poder informarse dentro de una conducta diligente) de las condiciones locales —apreciables visualmente— para el cumplimiento posterior de las obligaciones objeto del contrato, por más adversas que ellas pudieran ser y siempre que no hayan empeorado.⁶³

De este modo, se trasunta que también la visita a la obra constituye un elemento en favor del interés del convocante, quien podrá evitar los no pocos alegatos de los contratistas para modificar los contratos por la falta de conocimiento de alguna información relevante, o de determinada peculiaridad o condición del lugar en el que prestará el servicio.⁶⁴ De este modo, mediante la visita previa se supera un estado de incertidumbre por uno de mayor seguridad, en el que el convocante puede asumir que opera en mejor medida una atribución de responsabilidad en el postor. Pero también resulta elemental que esta imputación de responsabilidad existe en aquellos aspectos no informados en el expediente técnico o en las consultas por la entidad, puesto que la visita al lugar del terreno no sirve para purgar la información inexacta, falsa o desactualizada reflejada en el expediente o en algún documento de la entidad, aun cuando hubieren incluido alguna cláusula en las bases del proceso.⁶⁵

62 Esta inferencia lógica no podrá ser extendida a los supuestos en que se trata de condiciones no apreciables visualmente, cuando hay discordancia entre lo apreciado e informado en el expediente técnico, o cuando entre la fecha de la visita hasta el de la ejecución las condiciones hubieren cambiado.

63 “A prova de haver o habilitante tomado conhecimento das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação servira a segundo propósito, qual seja o de vincular o licitante a tais condições locais por mais adversas que possa revelar-se durante a execução, desde que corretamente indicadas na fase de habilitação. Sendo esta a hipótese, não se admitira escusa para inexecução, fundada em alegadas dificuldades imprevista no local em que se deva realizar a obra ou serviço.” Pereira Junior, Jessé Torres, *Comentários a Lei Das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Sexta Edición, Editorial Renovar, 2003, p. 345.

64 Silva, André Pataro Myrrha de Paula, “A vistoria previa no local de prestação de serviços ou execução de obra. *JUS NAVEGANDI*, Teresina, ano 12, n. 1882, 26 ago. 2008. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11635>). Acceso en: 12 out. 2008.

65 Pronunciamiento 90-2004-GTN 615.

Precisamente, a través de diversos pronunciamientos la autoridad nacional ha descalificado semejantes pretensiones de entidades convocantes desorbitando el alcance de la visita a la obra o a las instalaciones de la entidad. Así, por ejemplo, se ha señalado:

"Las Bases señalan que la presentación de la propuesta implicará la tácita aceptación del postor de no haber encontrado inconveniente alguno, tanto para la preparación de la oferta, la elaboración del expediente técnico como para la ejecución de la obra dentro del plazo previsto. Al respecto, cabe precisar que la Entidad no puede eximirse de su responsabilidad respecto a la correcta definición de las especificaciones técnicas, amparándose en que el postor haya visitado e inspeccionado el sitio u áreas donde se ejecutarán las obras, por lo que deberá suprimirse la frase señalada en el párrafo precedente".⁶⁶

De manera similar, en otro caso se pronunció así:

"En este orden de ideas, la Entidad no puede eximirse de responsabilidad respecto a la correcta definición de las especificaciones técnicas, amparándose en una visita opcional que, en última instancia, solo puede considerarse para evaluar y verificar físicamente el lugar donde se ejecutará efectivamente la prestación y con ello contar con más y mejor información respecto a la forma y mecanismos para ejecutar la obra que estará a su cargo; tampoco puede trasladar al contratista la responsabilidad por errores en el expediente técnico, salvo que este lo haya elaborado".⁶⁷

En este sentido, concluiremos señalando que la visita a la obra no constituye un instrumento para transferir al postor el riesgo por informaciones inexactas, desactualizadas o falsas contenidas en el expediente, de aquellos aspectos no apreciables en una inspección física a la obra o en las instalaciones de la entidad ni para evadir reclamos respecto a circunstancias visualmente apreciables, si se hubiesen producido entre la fecha de la visita y la ejecución contractual.

7. CONCLUSIONES

- Ontológica y jurídicamente, el principio de buena fe aplica, particularmente, a las relaciones precontractuales y contractuales que la administración promueve y concreta, cumpliendo el objetivo de orientar las conductas y las actuaciones de los partícipes hacia es-

66 Pronunciamiento 173-2005-GTN- 615.

67 Pronunciamiento 93-2004-GTN 615.

tándares esperables y recíprocos de lealtad, honestidad y diligencia para generar y mantener la confianza, entre la administración y los particulares, sobre todo en que sus potestades y derechos no serán defraudados.

- La aplicación del principio de buena fe presenta una mayor preponderancia en la formación de los contratos administrativos que en la formación de los contratos privados, por la necesidad de racionalizar el predominio autoritario de la administración en la predisposición unilateral de las reglas de los procesos de selección estructurados bajo el esquema de “invitación a ofertar” y de las cláusulas predisuestas de los contratos que se suscriben y, el correlato de la sumisión por adhesión de los postores a ellas sin capacidad de influenciar eficientemente en su conformación.
- De los deberes precontractuales derivados del principio de buena fe, son particularmente exigibles a las entidades los deberes de suministrar información relevante de forma completa, cierta, veraz, fiable, suficiente, legal y actual a las potenciales postores, cuando predisponen las reglas del contrato futuro, cuando absuelven consultas de los postores y cuando informan de las reglas para perfeccionar el contrato adjudicado. En esa medida, las reglas contenidas en las bases y en el modelo de contrato deben cualitativamente, ser objetivas, razonables, justas, equilibradas y comprensibles, congruentes con el objeto que se convoca y necesidades de la entidad.
- Constituyen faltas a ese deber de informar a cargo de la entidad convocante y, por ende, a las bases de su responsabilidad contractual: no transmitir la información que posee y es relevante a la otra parte, no informándose debidamente (mantenerse en situación de desconocimiento) respecto de datos relevantes para formar el contrato, suministrar información defectuosa (incompleta, oscura, errada, ilegal, falsa o insuficiente, etc.), suministrarla de modo imperceptible o escondida entre diversas otras reglas, pretender limitar su responsabilidad de entregar información asignándole al postor la carga de informarse, restar credibilidad a la información entregada, por ejemplo, afirmando que es meramente referencial.
- La información particularmente relevante para los postores, y es de cargo de las entidades suministrarles, es fundamentalmente la referida a los riesgos que se pretende o por naturaleza le corresponde asumir al contratista, que por lo demás deben ser suficientemente analizados y determinados para cumplir con las reglas del sistema de inversión pública. Por ejemplo, la información del expediente técnico, las caracte-

terísticas del terreno sobre el cual se edificará la obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción, la fecha de entrega de los terrenos, la situación liberada o no de los terrenos o instalaciones donde se ejecutarán las prestaciones y en su caso, la fecha de su liberación o expropiación, las licencias y permisos que serán aplicables para realizar la actividad, la información sobre los restos arqueológicos en la zona, la existencia de oposición de grupos sociales específicos (gremios, sindicatos, pobladores, etc.) al proyecto, las contingencias de juicios, embargos o cargas que puedan afectar la ejecución del proyecto, la certificación presupuestal para contratos plurianuales, la superposición con otros proyectos que el propio Estado tiene proyectado realizar, los lugares y procedimientos para la entrega de bienes suministrados en diversos locales de la entidad, los estudios que pudiera tener el Estado sobre tendencias futuras de la demanda de un servicio público que se busca concesionar, los pasivos ambientales preexistentes, etc.

- El incumplimiento de este deber de suministrar información para la decisión de contratar genera para la administración la responsabilidad precontractual que se refleja en el reconocimiento que debe realizar al contratista de los mayores costos que se le generen.
- La entidades suelen naturalmente desatender el principio de buena fe cuando predisponen las reglas de los procesos de selección, incurriendo en conductas como no contemplar racionalmente los intereses y derechos del postor indeterminado, sino exclusivamente el propio; fortalecer su posición contractual y debilitar las condiciones de la otra parte (ej. transfiere riesgos y prestaciones onerosas, esconde información sensible, expresa su desconfianza hacia el proponente con penalidades excesivas); incluir cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente e incluso las que se suele denominar, en el derecho privado, cláusulas vejatorias o leoninas (ej. sometimiento a cláusulas ilegales, limitación de responsabilidad del Estado, imposición de jurisdicción, pérdida de derechos, etc.).
- En el Perú aparecen usualmente tres cláusulas patológicas que flagrantemente desconocen el deber de informar a los postores: la de sometimiento del postor a todas las reglas del proceso, inclusive las ilegales o irracionales, por la sola presentación de propuesta entiendo que renuncia a reclamarlas posteriormente; las cláusulas de limitación y hasta eliminación de su propia responsabilidad por la información que proporciona a los postores; y la obligación de visitar el lugar de la obra o prestación como instrumento para sanear o exonerar defectos en la información brindada.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Madrid: Unión Editorial S.A, 1984.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I, 1969.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

BREWER CARIAS, Allan “Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental”. En *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2009.

- *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Editorial Legis, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo”. En *Separata de la Revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Sociales de Buenos Aires*, 1988.

COMADIRA, Julio. “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o jurisdicción”. En *Cuestiones de control de la Administración Pública*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2010.

COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2004.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Los límites del deber precontractual de información*. Tesis de Doctor. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2009.

- “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV (Valparaíso, Chile), 1 septiembre de 2010.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.

La responsabilidad precontractual de la administración, el principio de buena fe...

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Responsabilidad contractual de la administración pública. Estudio comparativo en el derecho español y en el ordenamiento colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

- *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Colombia: Legis, 2000.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Séptima edición. Editorial Rodhas, 2013.

FIORINI, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

GARCÍA RUBIO, María Paz. *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Editorial Tecnos, 1991.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley No. 1150 de 2007 y sus decretos complementarios*. Serie Derecho Administrativo 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Segunda Edición. Editorial Civitas, 1989.

IVANEGA, Miriam Mabel. "El principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino)". En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXX-360, septiembre 2008.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Tercera Edición. Editorial BdF, 2013.

MAIRAL, Héctor. *La doctrina de los actos propios y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del contrato del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. "La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción". En: *Revista de Derecho* 30, Barranquilla, 2008.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Régimen legal de las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección". En: *Preguntas y respuestas sobre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. García Consultores & Editores, 2006.

MOSSET ITURRASPE, José., *Contratos*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera Ediar, 1988.

ORLANSKI, Leonardo. “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”. *Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com*, 12 de noviembre de 2004.

PATARO MYRRHA DE PAULA Y SILVA, André. “A vistoria previa no local de prestação de serviços ou execução de obra”. En *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1882, 26 ago. 2008. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11635>. Acceso em: 12 out. 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários a Lei Das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Sexta edición. Editorial Renovar, 2003.

PINO RICCI, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. “El principio general del derecho de confianza legítima”. En *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho 4, 2013.

RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*. Buenos Aires: Editorial Sabaco de Rodolfo Depalma, 2013.

RONDÓN DE SANZO, Hildegard. *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano*. Caracas: Editorial Ex Libris, 2002.

SAINZ MORENO, Fernando. “La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados”. En *Revista de administración pública* 89, 1979.

STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.

VIANA CLEVES, María José. *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.