

***EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA***

Autor (es):

NATALIA ANDREA BAUTISTA ROJAS

JESSICA LORENA BOSSA HERNÁNDEZ

TIFFANY VIVIANA PINZON ORTEGA

**COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC -**

2019

***EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA***

Autor (es):

NATALIA ANDREA BAUTISTA ROJAS

JESSICA LORENA BOSSA HERNÁNDEZ

TIFFANY VIVIANA PINZON ORTEGA

Directora:

ANGELICA ARMENTA ARIZA

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

**COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC -**

2019

NOTA DE APROBACIÓN:

FIRMA DEL JURADO**CHIA, 2020**

PAGINA DE ACEPTACIÓN

El Trabajo de grado “EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA”. Fue elaborado por Natalia Andrea Bautista Rojas, Jessica Lorena Bossa Hernández Y Tiffany Viviana Pinzón Ortega, como requisito para optar por el título ABOGADO.

La sustentación se llevó a cabo el día 20 de enero del 2020

Acta No.

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA

CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros:”. Natalia Andrea Bautista Rojas, Jessica Lorena Bossa Hernández Y Tiffany Viviana Pinzón Ortega. Manifestamos en este documento nuestra voluntad de ceder a la Institución Universitaria Colegios de Colombia los derechos patrimoniales, consagrados en el artículo 72 de la ley 23 de 1982, del trabajo de grado “EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA”

Producto de nuestra actividad académica para optar por el título de Abogado de la Institución Universitaria Colegios de Colombia. La institución tiene los derechos anteriores cedidos en su actividad ordinaria de investigación, docencia y publicación. Con todo, en nuestra condición de autores nos reservamos los derechos morales de la obra antes citada con arreglo al artículo 30 de la ley 23 de 1982. En concordancia, suscribimos este documento en el momento mismo de la ley 23 de entrega del trabajo final a la biblioteca de la Institución Universitaria Colegios de Colombia.

Natalia Andrea Rojas Bautista

CC.1.072.702.171 de Chía

Jessica Lorena Bossa Hernández

CC. 1.032.468.258 de Bogotá

Tiffany Viviana Pinzón Ortega

CC. 1.072.707.833 de Chía

TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN

Chía, enero 20 del 2020

Señores Biblioteca

Institución Universitaria Colegios de Colombia

Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales

Ciudad

Autorizamos al Centro de Investigación de la Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC -Colegio Jurídico, a consultar y reproducir, con fines de investigación, parcial o totalmente el contenido del trabajo de grado titulado “EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA” presentado al Centro de Investigación como requisito del programa para optar por el título de ABOGADAS, siempre que mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de investigación y sus autores.

Natalia Andrea Rojas Bautista

CC.1.072.702.171 de Chía

Jessica Lorena Bossa Hernández

CC. 1.032.468.258 de Bogotá

Tiffany Viviana Pinzón Ortega

CC. 1.072.707.833 de Chía

CARTA DE PRESENTACIÓN Y
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Chía, 2020

Señores
REVISTA
INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC

Nos permitimos remitir el manuscrito titulado “EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA”, para que sea considerado para su publicación en el Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales.

Los autores, abajo firmantes, declaran:

Que es un trabajo original, que no ha sido previamente publicado en otro medio, que no ha sido remitido simultáneamente a otra publicación, que todos los autores han contribuido intelectualmente en su elaboración y han leído y aprobado la versión final del manuscrito remitido.

En caso de ser publicado el artículo, se transfieren todos los derechos de autor al editor, sin cuyo permiso expreso no podrá reproducirse ninguno de los materiales publicados en la misma.

Si el artículo es aprobado para su publicación, a través de este documento, INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC asume los derechos exclusivos para editar, publicar, reproducir, distribuir copias, preparar trabajos derivados en papel, electrónicos o multimedia e incluir el artículo en índices nacionales e internacionales o bases de datos.

Natalia Andrea Rojas Bautista
CC.1.072.702.171 de Chía

Jessica Lorena Bossa Hernández
CC. 1.032.468.258 de Bogotá

Tiffany Viviana Pinzón Ortega
CC. 1.072.707.833 de Chía

FICHA TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DE TRABAJO DE GRADO

Título Del Trabajo: "EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA"

Autores: NATALIA ANDREA BAUTISTA ROJAS, JESSICA LORENA BOSSA HERNÁNDEZ Y TIFFANY VIVIANA PINZÓN ORTEGA

Material Anexo: 1 Cd

Facultad: Derecho

Título Obtenido: Abogado

Palabras Clave: Selección Objetiva, Contrato De Obra Pública, Contratación Estatal.

DEDICATORIA

Dedico de manera especial a mi mamá Martha Rojas, y abuelos Otoniel Rojas y Mercedes García, por ser las personas que me forjaron deseos de superación a lo largo de mi vida personal, que quienes con su afecto, cariño y motivación me han impulsado a lograr importantes objetivos como el desarrollo de mi Monografía con éxito y mi título profesional.

Natalia Andrea Bautista Rojas

Este trabajo lo dedico a mis padres que con su ejemplo y cariño me apoyaron en todo momento, y fueron ellos mi impulso para culminar con éxito esta etapa de mi vida; a mi hermano, quien me ha brindado siempre su cariño y comprensión.

Jessica Lorena Bossa Hernández

Dedico este trabajo a mis padres Luis Enrique Pinzón y Martha Isabel Ortega, que con su gran ejemplo, esfuerzo y dedicación me apoyaron desde el inicio de mi carrera, para culminar con éxito esta etapa de mi vida; a mi hija que desde siempre ha sido mi motivación para lograr superarme cada día y ser para ella el ejemplo a seguir, que mis padres fueron para mí.

Tiffany Viviana Pinzón Ortega

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por su amor y bondad a lo largo de este camino, por darme la fuerza y fortaleza para lograr esta meta; a mi familia, por apoyarme en cada decisión y proyecto, gracias a su amor incondicional, sus consejos y palabras de alientos, porque fueron mi motivación para no desfallecer en los momentos difíciles. Gracias a los docentes de la Institución Universitaria Colegios de Colombia, por haber sido parte de esta preparación profesional, y haber compartido sus conocimientos en este proyecto de vida.

De manera especial agradezco a la Doctora Angélica Armenta, por su valiosa dedicación, durante el desarrollo de esta formación, por inculcarme los valores necesarios para el desarrollo de mi vida personal y profesional, gracias por haber depositado su confianza en mí y haberme permitido aplicar lo aprendido durante mis estudios en la práctica profesional, es usted un ejemplo a seguir durante el desarrollo de mi carrera.

Natalia Andrea Bautista Rojas

AGRADECIMIENTOS

A Dios por bendecirme en gran manera, por darme sabiduría, entendimiento y la oportunidad de sacar mi carrera de derecho adelante.

A mis padres por su esfuerzo para darme un futuro mejor, porque siempre estuvieron conmigo, brindándome su apoyo incondicional y fueron ellos quienes estuvieron presentes en mi mente en cada paso que di en esta etapa de mi vida.

A mi hermano, por ser mi amigo y consejero, en esta etapa de mi vida, por brindarme su apoyo incondicional.

A la Fundación Jorge Arango Tamayo por brindarme la oportunidad de culminar mis estudios, en especial a la Dra. María Soledad Arango y al Dr. Alejandro Gómez, que desde que inicie mi carrera, me han apoyado a mí y mi familia.

A la Dra. Angélica Armenta, nuestra directora de monografía, por ser la guía para el desarrollo de esta investigación.

Jessica Lorena Bossa Hernández

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer en primer lugar a Dios, por ser mi guía en este camino y fortalecerme espiritualmente para empezar un camino lleno de éxito.

A mis padres por su esfuerzo y apoyo incondicional, por estar siempre presentes en cada etapa de mi carrera, y de mi vida. A mis hermanas, por su apoyo y ayuda, sin ustedes este sueño, no hubiera posible de alcanzar.

A mis abuelas, que las adoro y son mi motivación, para lograr culminar con mis estudios, por siempre estar ahí, cuidándome y apoyándome.

Así, quiero mostrar mi gratitud a todas aquellas personas que estuvieron presentes en la realización de esta meta, de este sueño que es tan importante para mí, agradecer todas sus ayudas, sus palabras motivadoras, sus conocimientos, sus consejos y su dedicación.

A la Fundación Jorge Arango Tamayo por brindarme la oportunidad de culminar mis estudios, en especial a la Dra. Rosa Arango, que, desde el inicio de mi carrera, me han apoyado en todo momento. Sin ellos este sueño no hubiera sido posible.

A la Dra. Angélica Armenta, nuestra directora de monografía, por sus recomendaciones en el desarrollo de esta monografía, por ser quien acertadamente guió mi estudio.

Tiffany Viviana Pinzón Ortega

I. TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	14
II.	JUSTIFICACIÓN	16
III.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	18
IV.	OBJETIVOS	19
	4.1. Objetivo general.....	19
	4.2. Objetivos específicos.....	19
V.	HIPOTESIS	20
VI.	MARCO REFERENCIAL	21
	6.1. Marco teórico.....	21
	6.2. Marco legal	25
	6.3. Marco jurisprudencial.....	28
VII.	METODOLOGIA	32
VIII.	ELEMENTOS DOGMATICOS DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.....	33
IX.	ETAPA PRECONTRACTUAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA.....	58
X.	ANALISIS DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO: PERIODO 2008-2018.....	90
XI.	CONCLUSIONES	110
XII.	BIBLIOGRAFIA.....	117

I. INTRODUCCIÓN:

De conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, actual régimen de la contratación pública, tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales en Colombia, así como “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Ley 80, artículo 23, 1993).

La actividad contractual se rige por los principios rectores dispuestos en la Constitución Política de Colombia, a efectos de que el ejercicio de la contratación pública sea eficiente; a su vez, el estatuto general de contratación pública contempla los principios rectores de esta actividad, y señala que:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo en los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo” (Ley 80, artículo 23, 1993).

Así mismo, uno de los pilares de la contratación pública, y eje central de esta investigación, es el principio de *selección objetiva*, dispuesto en artículo 5 de la Ley 1150 del 2007 (ley 1150, art.5, , 2007). Este principio establece los criterios que deben tenerse en

cuenta al momento de realizar la escogencia del contratista, se precisa que esta investigación consistirá en analizar, cómo opera el principio de selección objetiva en los contratos de obra pública en Colombia y se aclara que no se ocupará de su aplicación en otro tipo de contratos.

Este estudio se aborda en tres momentos a saber: primero, los elementos dogmáticos del principio de selección objetiva en la contratación pública en Colombia; segundo, desarrollar la etapa precontractual del contrato de obra pública en Colombia y tercero; presentar un análisis del principio de selección objetiva en los contratos de obra pública a luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, estudio que se hará entre el periodo 2008 al 2018, tiempo en el cual entra en vigencia la Ley 1150 de 2007 y se dictan otras disposiciones en materia de contratación estatal.

II. JUSTIFICACIÓN

Con la presente investigación se pretende analizar los elementos dogmáticos de la selección objetiva y su aplicación en los contratos de obra Pública en Colombia, a la luz de los postulados legales y jurisprudenciales, teniendo en cuenta que el tema reviste gran relevancia ya que, de una correcta escogencia del contratista, se pueden cumplir eficientemente los fines del Estado, así como garantizar el cumplimiento de una contratación pública transparente, y con ello se contribuye atacar el flagelo de la corrupción que ha afectado tanto la contratación pública en Colombia.

Ahora bien, la selección del contratista es un procedimiento de gran importancia en la contratación estatal, ya que mediante este principio se realiza la escogencia del contratista, garantizando los principios de publicidad, transparencia, igualdad, libre concurrencia y moralidad administrativa en la etapa precontractual. De igual manera, para realizar el proceso de selección se deben respetar los requerimientos exigidos en el pliego de condiciones, a fin de que los interesados conozcan la convocatoria pública a través de la página web del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Ahora bien, el principio de selección se encuentra enmarcado en la modalidad de licitación pública, la cual impone el deber de escoger al proponente que cumpla con los requerimientos exigidos por la entidad ofertante. Es así como, Nieves López señaló en el texto *“El principio de selección objetiva en la licitación pública: análisis de la etapa precontractual”*, que, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, la licitación pública se caracteriza por los siguientes elementos:

“(…) la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. La libre concurrencia

permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente. La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes (...)” (Jose Gabriel Nieves Lopez, pag 18, de 2017)

Es importante para la academia, estudiar este principio en la contratación pública, a partir de sus elementos dogmáticos, como también desde una mirada jurisprudencial, por cuanto dicho principio establece los criterios para la escogencia del contratista, de manera que se pueda evidenciar como operan los principios rectores en la esfera de lo práctico, y mostrando como con ello, se garantiza la selección objetiva, presupuesto fundamental para el buen ejercicio de la administración pública, un Estado social y democrático de derechos como es el caso de Colombia.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas más importantes en la contratación pública es la escogencia del contratista, la cual debe hacerse de manera objetiva, sin consideración, aspectos de conveniencia o favorecimientos a terceros; resulta indispensable que esto se realice de una manera transparente de acuerdo a los lineamientos que estipula la Ley 80 de 1993, en el artículo 23 contempla que, “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (ley 80, 1993). Lo anterior, bajo el tenor de la búsqueda de los fines del Estado, regulados estos en la Constitución Política de 1991.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, establece que la selección del contratista será objetiva cuando “la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (Ley 1150, artículo 5, 2007). Teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación pretende determinar *¿Cómo opera el principio de selección objetiva en Colombia en los contratos de obra pública en Colombia?*

IV. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Describir cómo opera el principio de selección objetiva en los contratos de obra pública en Colombia.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Desarrollar los elementos dogmáticos y normativos del principio de selección objetiva.
2. Especificar las fases legales de la etapa precontractual del contrato de obra en Colombia.
3. Presentar un análisis del principio de selección objetiva en los contratos de obra pública a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado entre el periodo de 2008 a 2018.

V. HIPÓTESIS.

La contratación pública en Colombia se ha visto afectada en gran medida por el flagelo de la corrupción, no solo durante la ejecución de los contratos, sino durante la escogencia del futuro contratista, ya que debido a la falta de transparencia en estos procesos se evidencia la afectación de los recursos públicos y lo que es aún más grave que el Estado no pueda cumplir de manera eficiente, idónea y transparente los fines esenciales dispuestos en la Constitución Política en la que se establecieron deberes, derechos y garantías de vital cumplimiento.

Es de anotar que, para una adecuada selección del contratista, es de vital importancia que quien pretenda contratar con el estado, se ciña a los parámetros que el legislador a fijado para tal fin, ya que, la misma cuenta con procedimientos claros y específicos, como las fases legales de la contratación pública, garantizando de esta manera los principios propios de la actividad contractual, como la transparencia, objetividad y la igualdad.

VI. MARCO REFERENCIAL

El contrato de obra pública en Colombia está regulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el inciso 1°, consagrado así “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.” (Ley 80, Ley 80, art.32, Inc.1°, 1993),

A continuación, se presenta el marco inicial del desarrollo de la presente monografía, a saber, marco teórico, marco legal y marco jurisprudencial:

6.1. IMARCO TEORICO

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

En la legislación colombiana la selección objetiva es vista como un principio de la contratación estatal, que orienta los procesos de selección del contratista, es así como, la Ley 1150 de 2007 introdujo modificaciones a la Ley 80 de 1993, sobre este principio, donde los procesos de selección quedaron especificados en la norma estableciendo nuevas modalidades, por medio de las cuales se escogerá al contratista, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y la contratación directa.

Así mismo, el autor Milton Jojani Miranda Medina, afirma que la selección objetiva es una regla de conducta en la actividad contractual, orientada bajo los requisitos contenidos en los pliegos de condiciones, permitiendo así, la selección de la oferta más favorable, de acuerdo a la necesidad identificada por la entidad contratante. Así las cosas, este principio rector debe garantizar la transparencia en el marco del procedimiento de selección, ya que,

de esta depende el eficiente y neutral desarrollo de la administración pública sujeta al interés general. (Miranda, 2016).

A continuación, se presenta el marco teórico, sobre el principio de selección objetiva, los cuales se abordará con mayor profundización durante el desarrollo del presente documento:

MARCO TEORICO
Milton Jojani Miranda Medina: La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana
Claudia Jiménez, Oscar Javier Ortiz Arteaga, Julián Andrés Álvarez: Propuesta para el fortalecimiento de la gestión municipal a través de la elaboración del manual de contratación de mínima cuantía para Puerto concordia meta
Ricardo Blanco y Milton Gómez: Eficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la gobernación de Boyacá durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016.
Molina López y Roa. Manual de contratación Pública para contratos de obra e infraestructura vial (invias –idu-umv)
Sonia Edith Gómez Rodríguez: Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción.
Andrés Mutis: Los contratos del estado en la Ley 80 de 1993

Milton Jojani Miranda Medina: La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla.
Gren fieth de J. Cadena sierra: Los contratos estatales en la unión europea: la experiencia franco-alemana
Juan Manuel Charry Ureña: Red cultural del banco de la república.
Fernando Hinestrosa: Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano
Miguel ángel Carbónela Sánchez: Boletín mexicano de derecho comparado- UNAM
Mauricio Fernando Rodríguez: Los contratos estatales en Colombia
Juan Expósito: La regla o el principio de la selección pública colombiana
Luis Diez Picazo: Temis revista de derecho
Pedro Felipe Correa Bonivento: La autonomía privada y la voluntad frente a los contratos de derecho privado
Hans Kelsen: Teoría pura del derecho
Marienhoff: De la responsabilidad contractual pos contractual en un contrato de obra
Leonardo Bohórquez Y Mario Camacho: El contrato de concesión

Oscar Muñoz Ovidio: Comité evaluador y el informe de evaluación en los contratos de obra Pública

6.2. MARCO LEGAL

Por otro lado, para la selección del contratista, se deben tener en cuenta los requisitos habilitantes¹, los cuales a título enunciativo son, La capacidad jurídica, financiera, organizacional y de experiencia los cuales son objeto de verificación y cumplimiento, para la participación en el proceso de selección, es de anotar que estos requisitos no otorgaran puntaje, pues son aspectos de forma que habilitan al proponente para que su propuesta sea estudiada, estos deben tenerse en cuenta para que este proceso no se vea viciado por aspectos que no son propios del ejercicio de contratación, de acuerdo a lo anterior, se señala que:

“Los requisitos mínimos habilitantes no otorgan puntaje, su cumplimiento es obligatorio, permiten ubicar a los proponentes en un plano de igualdad frente a la evaluación, esto es, frente a los aspectos que otorgan puntaje. En otras palabras, si la entidad solicita una experiencia mínima de 5 años, como requisito habilitante, aquel que tenga 5 años de experiencia, podrá participar en igualdad de condiciones con aquel que tenga 20. Estas exigencias no son objeto de evaluación, constituyen requisitos o condiciones mínimas que deben ser cumplidas por todos los proponentes a efectos de que la propuesta pueda ser objeto de ponderación y asignación del puntaje respectivo.” (Ley 1150, artículo 5, 2007)

A continuación, se presenta el marco legal sobre tema objeto de esta investigación:

¹ Los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. (Colombia Compra Eficiente, pag.4, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación).

MARCO LEGAL	
	Constitución Política de Colombia.
	Ley 104 de 1892 “Sobre ferrocarriles”
	Ley 110 de 1912 “Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman”
	Ley 150 de 1976 “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”
	Decreto extraordinario 2880 de 1959 “Por el cual se reorganiza el servicio nacional de suministros”
	Decreto 222 de 1983 “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”
	Constitución Política de 1886
	Ley 84 de 1873 “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”
	Decreto 1082 del 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”
	Decreto 2474 del 2008 “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”

Decreto 734 del 2012 “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”

6.3. MARCO JURISPRUDENCIAL

Según la jurisprudencia, la selección objetiva define los criterios de escogencia de la oferta más favorable para cada una de las modalidades de selección, así las cosas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este principio de la siguiente manera:

“Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades”. (Corte Constitucional, Marco Gerardo Monroy Cabra, 2007)

Por otro lado, el Consejo de Estado, ha sido enfático en señalar que el principio de selección objetiva, ha buscado seleccionar la propuesta que resulte más favorable de acuerdo a la necesidad que la entidad busca, en este sentido menciona que:

“Que se entiende por ofrecimiento más favorable, aquel que resulte ser el mejor a la luz de los factores o criterios de selección contenidos en los pliegos de condiciones que sirven de fundamento para la

comparación de ofertas y la selección del contratista; entre ellos se enuncian, el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos.” (Radicado: 850012331000030901 (15324), Mauricio Fajardo Gómez, 2007)

Es así, como la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la selección objetiva, debe regirse bajo los criterios de selección y principios de transparencia e imparcialidad, a fin de garantizar la oferta más favorable para la administración. A continuación, se presenta el marco jurisprudencial sobre el principio de selección objetiva, las cuales serán desarrolladas en el capítulo tercero del presente documento.

MARCO JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: Myriam Guerrero de Escobar Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil doce (2010) Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2011) Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05941-01(18338)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01 (19932)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth (E) Bogotá, D. C, treinta (30) de enero dos mil trece (2013) Radicación número: 15-001-23-31-000-1996-06610-01(21492)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz Bogotá, D. C, nueve (9) de julio dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz Bogotá, D. C, diez (10) de agosto dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00333-01(34713)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá, D. C, treinta y uno (31) de mayo dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13542-01(30312)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Nava Bogotá, D. C, quince (15) de mayo dos mil dieciséis (2017) Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Stella Conto Diaz del Castillo Bogotá, D. C, dieciséis (16) de agosto dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01082-01(38339)

VII. METODOLOGÍA

Este proyecto se dividirá en tres capítulos que tienen como objeto el estudio del principio de selección, como objetiva en los contratos de obra pública en Colombia, explicados bajo la siguiente metodología:

1. En el primer capítulo se desarrollará una metodología cualitativa, permitiendo así un análisis doctrinal y normativo del principio de selección objetiva; y una metodología descriptiva ya que por medio de la cual se permitirá detallar los aspectos más relevantes de dicho principio y su aplicación en la práctica.
2. En el segundo capítulo se desarrollará un método descriptivo y cualitativa a través de la revisión, análisis y precisión de cómo se desarrolla la etapa precontractual del contrato de obra en Colombia.
3. En el tercer capítulo se desarrollará con una metodología de estudios de caso, mediante la realización de análisis jurisprudencial del Consejo de Estado entre el periodo 2008 al 2018.

VIII. CAPÍTULO I

ELEMENTOS DOGMÁTICOS DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

Este capítulo se refiere a los elementos dogmáticos del principio de selección objetiva en los procesos licitatorios en la contratación pública en Colombia, el cual se aborda en tres momentos, el *primero*, describe la evolución normativa del proceso licitatorio en Colombia y el arribo del principio de selección objetiva a la contratación pública, escenario que se abordará desde su génesis en la normatividad colombiana, y el surgimiento de los principios que orientan el proceso contractual; en un *segundo* momento, se hace una breve referencia al derecho comparado, en relación con el tema objeto de estudio, en países como Alemania, España, Francia, Italia y México; finalmente, en un *tercer* momento, se presentan los elementos dogmáticos del principio de selección objetiva a la luz del marco jurídico colombiano.

Antes de presentar la evolución del proceso licitatorio, se hará mención a algunas normas relevantes en materia de contratación pública, las cuales surgieron con el objeto de salvaguardar la seguridad contractual en esta actividad, inicialmente, para el año 1892 se expide la Ley 104 (Ley 104 , 1892), la cual trae consigo un régimen especial de contratación pública, el cual consistió en la potestad del Estado para intervenir en contratos de construcción y operación de las vías del ferrocarril nacional, las novedades que trajo la Ley 104 de 1892 en materia de contratación estatal, fueron: a) Venta forzada al término de la concesión, b) Prorrogas obligatorias y automáticas, cuando el Estado no solicita compra, c)

Reversión sin que medie indemnización al momento que culmine la prórroga. (Claudia Milena Jiménez Guzmán, 2012)

Posteriormente, el Código Fiscal Nacional de 1912 (Ley 110, 1912) , trajo consigo la inclusión de los postulados de *igualdad y objetividad*, los cuales le otorgaron al Estado colombiano seguridad contractual, adicionalmente este código buscó dar solución a las controversias contractuales entre el Estado y los contratistas, un ejemplo de esto, fue la inclusión por primera vez, de la cláusula de caducidad, la cual debía ser declarada mediante acto administrativo, y operaba en caso de incumplimiento del objeto contractual. (Ley 110, 1912).

Más adelante, se expide el Decreto – Ley 150 de 1976 (Decreto - Ley 150, 1976), Estatuto Contractual que trae consigo una serie de cláusulas propias de los contratos públicos, las cuales propendieron por defender al estado ante un incumplimiento contractual por parte del contratista. Es de precisar que, antes de 1886 no existía una normatividad que regulara de manera específica el ejercicio de la contratación estatal en Colombia, como tampoco una norma que la definiera como una actividad de interés general, aspectos que generaron que se sobrepusiera el interés particular al interés general, propiciando con esto, unas malas prácticas en la administración pública, que afectaron el buen desarrollo y correcto funcionamiento de ésta, lo cual desvió la razón de ser del estado mismo, que no es otra cosa, que actuar en beneficio del interés general.

Con la Constitución de 1886, si bien se contó con un sistema contractual, la falta de seguridad jurídica para las partes eran el común denominador, ya que dichos mecanismos se asemejaban a la contratación que se realizaba en el derecho privado, es así como, Ricardo

Blanco y Milton Gómez, indican que, el primer avance que se dio en la contratación estatal fue con el Decreto – Ley 150 de 1976 (Decreto - Ley 150, 1976) el cual incorporó las cláusulas de garantías, multas y penal pecuniaria, que propendían por blindar al Estado en caso de incumplimiento por parte del contratista (Gómez., 2018). En tal sentido, la norma citada dispuso en los artículos 55, 60 y 61 del Estatuto contractual, Decreto – Ley 150 de 1976 (Decreto - Ley 150, 1976), lo siguiente:

“Artículo 55. *Cláusula de garantía.* De la obligación de garantizar el contrato. En todo contrato se pactará expresamente la obligación de garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista.

Cuando en virtud del contrato, se hicieren anticipos al contratista, se estipulará también que éste previamente otorgue garantía para responder por el valor de los mismos. Igualmente deberá otorgarse garantía para responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio, por el pago de los salarios y prestaciones sociales y por el correcto funcionamiento de los equipos que deban suministrarse o instalarse.

Artículo 60. *De las cláusulas sobre multas.* En los contratos deberá incluirse la facultad de la Nación para imponer en caso de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto.

Artículo 61. *De la cláusula penal pecuniaria.* En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser directamente proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante.” (Decreto- Ley 150 de 1976, artículos 55, 60 y 61.)

La introducción de estas cláusulas en la contratación estatal en Colombia, implicaron un elemento de control y seguridad contractual en favor del Estado, ya que fueron concebidas con el propósito de lograr la eficiente ejecución del contrato; y sirvieron como garantía en caso de incumplimiento por parte del contratista, ya que otorgaron al Estado facultades para ejercer un mejor control sobre los contratos, y a su vez, fortalecer el sistema contractual público; es así como, se han venido incorporando nuevos elementos y avances que propenden por el eficaz manejo y ejecución de los contratos estatales.

Sección I: Evolución jurídica del proceso licitatorio y el arribo del principio de selección objetiva a la contratación pública en Colombia

Autores como Molina, López y Roa (Molina, Lopez y Roa 2015), hacen referencia a los primeros avances del procedimiento licitatorio en Colombia, y al respecto, sostienen que:

“El primer documento que normalizó la contratación pública en Colombia con el objetivo de establecer principios que garantizaran la transparencia y eficacia de los procesos, fue el código Fiscal Nacional de 1912 en el que se dispuso a la licitación pública como de carácter obligatorio”. (Molina, Lopez y Roa 2015, pág. 2)

El Decreto Extraordinario 2880 de 1959, en el artículo 40 (Decreto Extraordinario 2880 de 1959, artículo 40), fijó las pautas del proceso licitatorio, las cuales se pueden resumir así: “a) Elaboración de un pliego de cargos, contentivo de información sobre los servicios que el Estado requiere contratar, fecha y hora de la licitación, lugar, condiciones y demás especificaciones del caso. b) Repartición del Pliego de Cargos a las personas inscritas que por sus características se consideran interesadas en la contratación, constando la entrega de cada pliego entregado. c) Fijación del Pliego de Cargo en lugar notorio en la entidad contratante, por el plazo que dure la licitación. d) Fijación del plazo de licitación (no menor de 10 días ni mayor a 30) e) Entrega de propuestas de los oferentes y su depósito en urnas cerradas. f) Reunión de la Junta de Licitación, para numerar y rubricar ofertas. g) Mediante acta la Junta de Licitaciones adjudicará al oferente que considere más favorable. h) Resumen de todas las ofertas. i) De no poder efectuarse en una reunión la licitación, será el Director Ejecutivo, el director o jefe de la respectiva División Administrativa quien indique a la Junta

de Licitación a cuál de los oferentes adjudicar el contrato en próxima reunión. j) Obligatoriedad para las partes, de las licitaciones que realice la Junta de Licitaciones. k) Firmas de los miembros de las Juntas de Licitación.” (Decreto Extraordinario 2880 de 1959, artículo 40)

Fue así como, se detallaba mediante una ley, el procedimiento a seguir en Colombia en materia de licitación pública, esta norma sentó las rutas que direccionan el proceso licitatorio, y lo enmarcó dentro de los parámetros del debido proceso; así mismo, como avance transcendental, consagró dentro del desarrollo del proceso licitatorio, por primera vez en Colombia, los principios de transparencia, publicidad e igualdad, garantizando de esta manera un procedimiento de selección más participativo e incluyente, y ceñido a los postulados de ley, que permitieran proteger los derechos de los participantes, y así adjudicar la oferta al que se considerara más favorable para la entidad.

El Decreto 150 de 1976 en el artículo 19, estableció las reglas aplicables a los contratos que celebre la Nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos. Este decreto, en los artículos 19 y 31, consagró dos modalidades de escogencia del contratista, a saber: la licitación y la contratación directa, y define aquella, como **el** procedimiento mediante el cual: “Prevía invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas en igualdad de oportunidades, la que ofrezca mejores condiciones para contratar teniendo en cuenta factores como: el precio, el plazo, la calidad, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia y organización” (Decreto 150 , 1976). Es de anotar, que este decreto contempló dos modalidades de licitación, la pública y la privada, ésta última aplicable a los casos que excepcionalmente establecía la ley, y, por otro lado, la

contratación directa, solo para los casos en los cuales se prescindía de la licitación, bien sea pública o privada.

Más adelante, se expide el Decreto 222 de 1983 (Decreto 222, 1983), el cual surgió con fundamento para el desarrollo de la buena actuación de los particulares y de la administración, toda vez que esta norma estableció un mayor control en materia contractual, así como también regulo de manera más amplia lo relacionado con la licitación pública, sus clases, alcance y modo de aplicación (Gómez, 2017), lo cual había sido desarrollado inicialmente en el Decreto 150 de 1976 (Decreto 150, 1976). Adicionalmente, el decreto ley creó una nueva modalidad de selección del contratista llamada “concurso de méritos”, que consistía en una invitación pública o privada para formular propuestas, y su adjudicación se haría al proponente inscrito que demostrara mejores condiciones para la contratación, en este escenario, se ponderaba la capacidad tanto técnica, como la experiencia del proponente en la actividad que se iba a contratar, aunado al factor organizacional de la persona jurídica proponente. (Decreto 222, 1983).

Es así como, se evidencian en Colombia los cambios normativos para construir un régimen legal sólido que regulara el ejercicio de la contratación estatal, puntualmente en lo que se refiere a su etapa preliminar, con el propósito de garantizar la transparencia, la publicidad y la libre concurrencia. Las normas anteriormente descritas, señalaban las reglas por las cuales el Estado debía contratar, pero estas, no consagraron un catálogo de principios, elemento axiológico o dogmático tan necesario en nuestra realidad de lo público, que tuviera como propósito crear un marco legal que no solo fijara reglas, sino también, incluyera un catálogo de principios en consonancia con la Constitución.

Es en este contexto, surge la Ley 80 de 1993 Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia, cuyo objeto principal consistió en regular el ejercicio de la actividad contractual pública, en este orden de ideas, Andrés Mutis señala que “la Ley 80, trae consigo elementos novedosos para la apertura, agilidad y el adecuado desarrollo de la contratación administrativa” (Mutis, 1995), como también, establecer las reglas y principios que rigen esta actividad, la cual **debe** estar basada según el artículo 23 (Ley 80 de 1993, artículo 23), en los principios de *transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual* y el principio de **selección objetiva**, éste último, eje central de la investigación, el cual consiste, en que, la escogencia del contratista se debe hacer, a quien realice el ofrecimiento más favorable para los intereses de la entidad y de la sociedad en general, teniendo en cuenta factores de plazo, precio, así como los fines que la entidad tiene, de acuerdo con lo requerido en el pliego de condiciones (Ley 80 de 1993, artículo 29), en este orden de ideas, al publicar el aviso de convocatoria, se abre la licitación, con el propósito de recibir la mayor cantidad de ofertas posibles, y avalar, las que estén ceñidas a lo establecido en el pliego; una vez recibidas las ofertas que cumplan con lo establecido, la entidad efectuará las comparaciones, mediante el cotejo de las diferentes propuestas recibidas, para esto se deberá tener en cuenta los elementos de calidad soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones, la consulta de precios y calidad, que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad y los estudios de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. (Ley 1150 de 2007, artículo 5)

Ahora bien, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, sobre el deber de selección objetiva, establece que “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de

afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (Ley 80 de 1993, artículo 29), y en la parte final del párrafo tercero (3º) del artículo 24, referente al principio de transparencia y los demás principios, consagra: “La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates” (Ley 80 de 1993).

Como se puede evidenciar, el principio de selección objetiva es un pilar fundamental de la contratación pública en Colombia, el cual debe ser observado y garantizado, a efectos de garantizar que el procedimiento contractual esté revestido de requisitos constitucionales y legales; entre ellos, el principio rector de la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, (Constitución Política de Colombia, 1991), el cual permite, que el ejercicio de la contratación estatal, se realice en igualdad de condiciones y oportunidades, a fin de evitar tráfico de influencias, conflicto de intereses u otros actos de corrupción, y así, lograr que la selección del contratista, se haga de manera objetiva, esto es, a la oferta más favorable a los intereses de la entidad y dentro de los parámetros de la transparencia.

A su vez, con el fin de lograr mayor transparencia y eficiencia en la contratación pública en Colombia, se expiden nuevas disposiciones, como es el caso de la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007, artículo 5), ley que modifica el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993 (Ley 80 de 1993), en relación con los mecanismos de selección del contratista, y de esta manera, otorga al Estado mayor garantía a efectos de velar por el cumplimiento de los principios rectores en la etapa preliminar de la contratación pública, y de esta manera se busca fortalecer los fines del Estado, así como la continua prestación de

los servicios públicos, basándose principalmente en los postulados de transparencia y publicidad. Las modalidades de selección objetiva del contratista consagradas en esta norma son, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa (Ley 1150 de 2007, artículo 2), las cuales permiten garantizar la eficiencia de la función pública en materia de contratación estatal.

Es de anotar que la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007, artículo 5), llegó a fortalecer los postulados dogmáticos de la Ley 80 de 1993 (Ley 80 de 1993), en lo que atañe al procedimiento licitatorio en la contratación pública en Colombia, implementándole medidas tendientes a lograr una actividad más transparente y eficiente, lo que se logra en gran medida dando aplicación estricta a los principios constitucionales (Constitución Política de 1991, Artículo 209), y legales (Ley 80 de 1993). Así mismo, esta ley contiene los principios rectores de la contratación pública, entre ellos el de *selección objetiva*, establecido en el artículo 5, el cual estipula: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (Ley 1150 de 2007, artículo 5),

Una vez presentado el desarrollo que ha tenido la contratación estatal en Colombia, se hará a continuación, una breve referencia al derecho comparado, en relación a, cómo se aplica el principio de *selección objetiva* en el marco de la etapa preliminar de la contratación en cada uno de los estados que se revisaron. Para ello, se seleccionaron cinco países, a saber: Alemania, España, Francia, Italia y México, resaltando que Colombia en materia de contratación estatal, se asemeja a los modelos constitucionales europeos, puntualmente al modelo francés.

Sección II: Derecho comparado a la luz del principio de selección objetiva en la contratación pública.

En este acápite, se hace una breve referencia al derecho comparado en lo que concierne a la aplicación del principio de selección objetiva en la contratación pública, en países como Alemania, España, Francia, Italia y México con relación a Colombia; además, se presenta cómo estos países han implementado modelos de contratación pública acorde con los postulados de transparencia, igualdad, publicidad y eficacia.

Es oportuno precisar que, los aspectos que se tuvieron en cuenta para abordar este derecho comparado, fueron las características propias de cada uno de estos países, en cuanto a su modelo de contratación estatal y selección del contratista, aunado a ello los principios que intervienen en esta actividad y como estos, se aproximan a las regulación y aplicación del principio de selección objetiva aplicado en Colombia.

Es de resaltar, que Colombia al igual que en los países a los que se hará referencia, su marco constitucional, guarda también similitud dogmática desde la óptica de su modelo constitucional, que, en este caso, es el *neoconstitucionalismo*. A este respecto, señala Domínguez, citado por (Medina, 2015), que

“La teoría constitucional surgida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, cuyos postulados fueron expuestos en la Constitución Italiana (1947), la constitución Alemana (1949), la constitución portuguesa (1976) y la española (1978); en Brasil (1988) y luego, en la Constitución colombiana en 1991”. (Medina, 2015).

Así mismo, Medina (2015) resalta los matices constitucionales que convergen en el modelo neoconstitucional con incidencia de los modelos norteamericanos y europeos, donde el primero está basado en una dinámica de competencias entre dos elementos, a saber, el político y el social, enmarcados en un Estado de naturaleza neutral, con una acentuada tendencia al respeto por la igualdad de sus individuos; y el segundo, el europeo, comporta características constitucionales bien definidas, en el cual su constitución, se asimila a una planificación que propende por la transición social y política con apego a ideales democráticos de justicia e igualdad, en concordancia con lo consagrado en la Constitución en virtud de la Revolución Francesa.

Cabe destacar que la tendencia de la hermenéutica jurídica internacional de los Estados, en relación a la aplicación del principio de selección objetiva en materia de contratación estatal, ha de estar en consonancia con las naciones que apliquen en sus modelos constitucionales, los principios de libertad, democracia, justicia e igualdad, como así lo señaló Medina (Medina, 2015). Siguiendo este modelo, México en la Constitución de 1917 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917), dispuso que es un estado de corte neoconstitucionalista, que busca dar aplicación a los principios de democracia e igualdad en relación al principio de selección objetiva, puesto que este va de la mano con los principios de transparencia, planeación, publicidad, libre concurrencia e igualdad, eje central para la buena marcha y correcta administración pública, observados bajo los parámetros constitucionales de los estados que se analizan.

Ahora bien, el principio de selección objetiva en Colombia, aparece como una ponderación para limitar el interés particular, y así, prevalecer el interés general en el marco de la contratación pública, lo que genera seguridad jurídica al momento de contratar con el

estado, garantizando la buena marcha y ejecución de los contratos estatales. Una vez expuestos los motivos que llevan a abordar estos países, se procede a la descripción conceptual de estos países en relación con el principio señalado.

1. Alemania

Los contratos estatales en Alemania son la mera manifestación de la administración pública, que se circunscribe al acuerdo de voluntades entre el Estado y los particulares, buscando el cumplimiento del interés general bajo los fines esenciales de la administración nacional, de acuerdo a los principios libre competencia, libertad de capitales, entre otros, para garantizar la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos. (Cadena, 2018)

“La contratación estatal en Alemania, está regida para cumplir, con los particulares y los fines del Estado, de acuerdo a los principios de libre competencia, el de libertad de capitales, el de servicios y el de no discriminación de las oferentes en virtud del origen que pueda tener en el mercado de naturaleza común”. (Cadena, 2018)

En consonancia con lo anterior, los postulados y principios que rigen la contratación estatal en Alemania, guardan relación con la contratación pública en Colombia, en razón a que, Alemania, así como Francia, son estados fundantes del derecho administrativo de occidente a partir del siglo XX (Cadena, 2018), modelo éste, que ha inspirado el desarrollo y evolución del derecho administrativo en Colombia, y dentro de éste, el modelo contractual público, el cual está ceñido por los postulados germánicos.

2. España.

Los contratos de carácter estatal son sometidos al concurso público al igual que en Colombia, por lo tanto, cuando se requiere por parte del Estado un determinado servicio, se da aplicación a una plataforma que contiene la información de los oferentes previamente registrados, se hacen los respectivos avisos sobre el particular y además se verifica que cumplan con las características que se necesitan para el servicio que se demanda, y posteriormente, en aplicación del principio de selección objetiva, se abren los concursos públicos y licitaciones, y de esta manera realizar las adjudicaciones, este escenario permite garantizar la transparencia en la contratación pública, la aplicación de criterios de igualdad y la participación de todos los ciudadanos que se inscriban en la base de datos como oferentes (Condiciones generales del contrato para clientes registrados de Concursos Públicos S.L., 2019).

Este modelo de contratación no dista mucho del modelo colombiano, por el contrario, comparte muchas similitudes, puesto que éste último, cuenta con la plataforma SECOP, en la cual pueden inscribirse todos los interesados y llenar los datos requeridos para efectos de participar en los diferentes procesos contractuales que requiere el Estado; todos estos mecanismos implementados con el objetivo de lograr que la selección de contratistas esté enmarcada dentro de los parámetros de la objetividad. Así mismo, la plataforma SECOP II, permite a las entidades estatales crear, evaluar y adjudicar procesos de contratación, así como realizar un seguimiento a la ejecución contractual.

3. Francia.

Durante el siglo XX se formaron las primeras obligaciones entre los particulares y el Estado, permitiendo de esta manera la neutralidad e imparcialidad en la actividad contractual, donde el Estado apuesta sus intereses en contratos asimilables a la esfera o modalidad de contratación privada, ejecutados bajo modalidades que sirvieron de base para el desarrollo de la contratación pública; la primera de ellas, fue la ejecución de obras bajo determinadas condiciones a cambio de un precio; en segundo lugar, las relaciones obligacionales que tenía el Estado y los particulares, las cuales fueron creciendo por la aparición de nuevos servicios; todo esto llevó a que años más tarde la doctrina de los contratos públicos se formara para asegurar las reglas especiales en la competencia frente a las necesidades del servicio público. (Charry Ureña, 2017)

Cabe señalar que la contratación pública en Francia, en relación con el factor de la objetividad en la selección de los contratistas, depende de los documentos previos que establezcan la calidad de los oferentes, así como la necesidad de la administración para la licitación específica, según lo expone la firma de abogados AGM, al señalar que:

“La adjudicación del contrato depende de las diferentes condiciones que se comunican al público y que pueden ser priorizadas y ponderadas. Están determinadas por el precio, la capacidad organizacional, la capacidad financiera, capacidad jurídica. Ajena a los intereses particulares que determina la oferta más favorable de acuerdo a los criterios establecidos en el anuncio de la licitación, tras haber seleccionado a todos los candidatos que han respondido

electrónicamente y proporcionado un expediente completo, acompañado de todos los documentos justificantes”. (AGM Abogados, 2019)

En Colombia, al igual que en Francia, se desarrolla la actividad contractual estatal, mediante la convocatoria pública de los servicios que requiere o demanda el Estado, y posteriormente mediante la priorización y ponderación de las ofertas presentadas por los licitantes, se opta por escoger al oferente que cumpla con los requerimientos específicos, de mayor calidad y mayores conocimientos técnicos sobre la materia a contratar, y por lo tanto, el que genera mayor confiabilidad para los intereses de la administración.

4. Italia.

Las reglas de la contratación estatal eran establecidas por la formación de la voluntad de las partes, regida por el derecho privado, no obstante quien controlaba la ejecución del contrato publico era el derecho administrativo; años más tarde, se habló de la contabilidad del Estado, en donde se establecieron tres formas de selección del contratista: la licitación, el acuerdo privativo y el contrato de concurso, en el que se exigía la participación dentro de los procesos de selección; sin embargo, la doctrina italiana considera que los contratos de la administración, son civiles, aunque estos estén sujetos a los procesos de adjudicación, pliego de condiciones y procesos de selección. (Hinestrosa, 2015).

A diferencia de la connotación que se le da en Colombia a los contratos estatales, los cuales hacen parte del derecho administrativo, en Italia conservan su naturaleza civil; por otra parte, como similitudes entre estos dos países en la actividad contractual pública, existen los pliegos de condiciones y se aplican procesos de selección sujetos a los principios de

transparencia. En igual sentido, se señala en el informe denominado “Transparencia por Colombia - Elementos para fortalecer un Sistema Nacional de Integridad”, ESAP (Cap 21), donde al respecto se expone:

“Los esfuerzos recientes en Colombia, Malasia, Corea, Argentina, Grecia e Italia, donde Transparencia Internacional ha desarrollado “pactos de integridad”, son prometedores. De acuerdo con este enfoque gradualista, se reúne a los licitantes para proyectos específicos y se les alienta a que firmen un “Pacto contra la Corrupción” con el gobierno y entre ellos”. (ESAP, Cap 21, pág. 208)

Estos acuerdos o pactos de integridad tienen como propósito servir de herramienta preventiva, ofrece medidas que fomentan la transparencia.

Conforme a lo anterior, al suscribir estos pactos de integridad, se vislumbra el interés común de Colombia e Italia, por dar aplicación al principio de selección objetiva en los procesos licitatorios públicos, de la mano, con un esfuerzo mancomunado por ofrecer mejores y más amplias garantías a las partes contratantes, donde prime la transparencia y el debido proceso.

5. México

A diferencia de Colombia, el modelo administrativo en México se da mediante una forma de estado federado, en el cual se ha establecido la autonomía de cada gobierno, con especial facultad en materia de la contratación pública, mediante la implementación y aplicación de medidas que los gobiernos locales consideren más apropiadas. (Sanchez, 2019)

Según un informe rendido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito “UNODC”, en el capítulo segundo, “*De las Contrataciones Públicas*”, se establece que en materia de contratación pública, México está implementando un plan que pretende cumplir con los estándares de eficiencia y eficacia gubernamental, y que para efectos de lograr su cometido ha instituido una plataforma electrónica denominada “CompraNet”, mediante la Ley Federal de 2009, por medio de la cual se pretende garantizar a los mexicanos la transparencia en la contratación, disminución de la corrupción, en virtud de la no concesión directa de contratos, sino mediante la modalidad de licitación. (UNODC, 2013)

En el mismo sentido, el artículo 9 de la Ley federal de competencia económica de 1992 (Ley Federal de Competencia Económica, Artículo. 9, 1992), consagra las actividades consideradas prácticas monopólicas absolutas en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones, cuando se dan entre agentes económicos competidores entre sí, estas son, a saber:

- “I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas”. (Ley Federal de Competencia Económica, Artículo. 9, 1992).

De las anteriores reflexiones en relación con el derecho comparado, se puede concluir que, Alemania y México, siendo ambos estados federados, guardan similitud dogmática en relación con el modelo constitucional, enfocado éste en el *neoconstitucionalista*, elemento estructural en el cual convergen ambos estados, al igual que Colombia.

Ahora bien, en relación con la contratación pública, se concluye que México, deja en cabeza de sus estados federados, la libre autonomía administrativa y la facultad de elegir medidas que consideren adecuadas para su régimen de contratación pública, en tanto que Colombia es un Estado unitario el cual otorga a los entes territoriales el manejo de la autoridad administrativa, sin que este se configure como un poder soberano, como pasa en México, en el que su poder central está a cargo de sus estados federados, y en Colombia se encuentra centralizado en la nación como un todo.

Por su parte, Alemania y Colombia, coinciden en que sus postulados constitucionales se enfocan en valores democráticos, los cuales propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del estado, y garantizan así mismo, la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos bajos los criterios de selección establecidos en cada país.

España, al igual que Colombia, cuenta con una plataforma virtual, a la cual se acude con el fin de garantizar la transparencia en los distintos procesos contractuales, donde amerite una selección objetiva para la obtención de algún servicio y en este orden de ideas, que la adjudicación se realice bajo parámetros de igualdad y participación ciudadana.

Finalmente, como factor común de los países, se encuentra que, estos cuentan con regulaciones específicas en materia de contratación estatal, las cuales transmiten el deber de aplicación de los principios tendientes a garantizar un debido proceso de adjudicación del contrato público.

Sección III: Elementos dogmáticos del principio de selección objetiva a la luz del marco jurídico colombiano

Tras conocer la evolución normativa del principio de selección objetiva en Colombia, y su aplicación en otros países, es claro que los principios que regulan el ejercicio de esta actividad, ha sido un aporte fundamental al régimen de la contratación estatal en Colombia, a efectos de guiar, con criterios la selección objetiva, esta actividad pública, en la cual debe primar el interés general. Ahora bien, aunque en la práctica, infortunadamente, existan algunas conductas que van en contravía de postulados de lo público, generando una gran problemática que afecta la administración pública, mediante el flagelo de la *corrupción*,² ya que, al no aplicarse por las entidades públicas los principios consagrados en la Constitución

² Un ejemplo claro de la problemática que afecta directamente la administración pública, fue el llamado *carrusel de la contratación*, el cual se dio en el año 2010 en la ciudad de Bogotá, bajo la alcaldía del señor Samuel Moreno Rojas, quien actualmente, se encuentra condenado por diversos delitos contra la administración pública. En estos hechos, la administración pública se vio envuelta en actos de corrupción referidos a la contratación pública, generando gran conmoción para la historia de Colombia. Uno de estos hechos, fue el relacionado con las obras de transporte público en Bogotá, puntualmente, el contrato No. 134-07 de la III fase de TransMilenio el cual fue adjudicado en el 70% de la construcción a los hermanos Nule. Este proyecto presentó retrasos, ya que hubo una mala administración del mismo, lo cual ocasionó un detrimento patrimonial del Distrito Capital, por casi 2,2 billones de pesos. Para ese año, el señor Samuel Moreno dio la orden de que cesara el contrato con transvial, debido a que ya se estaba hablando de un desvío de fondos en los anticipos de las obras, que fueron más o menos 80 mil millones de pesos, dinero que fue destinado a una causa diferente a la de la construcción de la obra de transporte público (Rueda & Vidal, 2016), dejando en entredicho a los entes encargados del control y vigilancia de los recursos públicos, tal y como lo dispone el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 (Ley 80), que señala quienes son los organismos del estado, encargados de garantizar el cumplimiento eficiente y transparente de los principios de selección objetiva, transparencia, economía y moralidad, todos plasmados en el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993. (Rueda & Vidal, 2016)

Política de Colombia como en el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, se desconocen tales regulaciones, las cuales surgieron precisamente para contrarrestar este tipo de actuaciones que atentan contra los principios rectores de la contratación, alejadas del objetivo principal que se propuso el Estado, como lo es la consecución de los fines esenciales consagrados en la Constitución, mediante la sujeción estricta a los principios y postulados de la transparencia y la publicidad.

Para cumplir sus fines, el Estado se ha visto en la necesidad de acudir a normas que permitan asegurar y proteger a todas las personas y de esta manera, buscar el cumplimiento de los deberes sociales, ceñidos bajo postulados constitucionales, es así como lo consagra la nuestra constitución política y la Ley 80 de 1993, al decir que "las autoridades de la república están obligadas a proteger a todas las personas, en su vida, honra, bienes, derechos y demás libertades" (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 2), y así poder asegurar el cumplimiento de los deberes tanto sociales del Estado como de los particulares, para ello, la contratación Estatal es un medio idóneo para lograr la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines; y los particulares por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con éste en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. (Ley 80 de 1993)

Así las cosas, la administración pública en Colombia cuenta con normatividad en materia de contratación pública, la cual permite que la celebración de contratos estatales, cuyo objetivo principal consiste en la ejecución de obras y servicios del Estado, se realice bajo las herramientas y postulados que las mismas proveen, con el fin fortalecer la

transparencia en esta actividad contractual (Rodríguez, 2013.), por lo que el derecho colombiano adoptó medidas para la selección del contratista, las cuales están orientadas por normas constitucionales y legales, que establecen los principios de la función administrativa y que están directamente relacionados con el Estatuto General de la Contratación pública en Colombia, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 al decir que:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley” (Constitución Política de 1991, Artículo 209)

Por consiguiente, la administración no puede contratar de manera discrecional, teniendo en cuenta que existen en la actualidad modalidades de selección del contratista establecidas en la Ley 80 de 1983 y la Ley 1150 de 2007, sin mencionar que dada la naturaleza de la contratación pública, esta exige velar por el interés público y buscar los fines del Estado, para ello, resulta preciso que el proceso de selección del contratista esté sujeto a una selección objetiva, y que, éste procedimiento se ejerza bajo los criterios del principio de transparencia consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política.

El principio de selección objetiva es creado para garantizar la selección del contratista de manera imparcial y transparente, de tal manera que se escoja no solo al mejor proponente, sino a la mejor oferta, se encuentra preceptuado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual estipula que: “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. (Ley 1150 de 2007, artículo 5), así mismo, con éste se busca garantizar los principios estatales de transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual, bajo una adecuada aplicación de estos, como lo dispone la Corte Constitucional, en sentencia C- 887 del 22 de octubre de 2002:

“La adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa” (Sentencia C- 887/02)

De otro lado el profesor Expósito señala que la selección del contratista constituye la configuración y correcta ejecución de los contrataos estatales siendo este un pilar fundamental que permite garantizar la libre concurrencia, la lección justa y objetiva de la mejor oferta de acuerdo a los intereses identificados de la entidad, a fin de satisfacer el interés general. (Expósito, 2016), es así como, la escogencia del contratista hace parte integral y contribuye a la realización del interés general, ya que su finalidad es buscar la propuesta más favorable a la sociedad, y así satisfacer los intereses colectivos sin tener en cuenta

consideraciones subjetivas, este principio alude a la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, que se concretan mediante un documento administrativo, denominado pliego de condiciones, el cual debe ser claro, objetivo y completo; para que, de esta manera, la adjudicación se haga a quien cumpla con los criterios establecidos en la selección. Este documento, debe ser puesto en conocimiento público, para que los interesados puedan participar, y así, darle cumplimiento a los principios de publicidad, igualdad e imparcialidad, con el propósito de garantizar la transparencia en la contratación pública, logrando con ello el cumplimiento eficiente de los fines del estado y de contera garantizando la buena marcha de la administración pública.

Por otro lado, quienes participen dentro del proceso de selección deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes (RUP) que lleva la Cámara y Comercio con jurisdicción en su domicilio principal, como lo estipula la Ley 1150 de 2007; además, es deber de las entidades estatales suministrar a la Cámara de Comercio las sanciones impuestas, las multas pagadas o revocadas, y de esta manera la entidad pública contratante evaluará la habilitación del proponente para cumplir con los requisitos del pliego de condiciones, y así mismo, poder evaluar si a futuro éste estaría en condiciones de cumplir o no con el contrato que posteriormente se le adjudicará. (Ley 1150 de 2007, artículo 5), para la acreditación de los requisitos habilitantes de los contratistas, es objeto de estudio para la entidad, verificar si están sujetos a las reglas la capacidad jurídica, la experiencia, capacidad financiera, capacidad organizacional, para esto los proponentes deberán allegar en original y bajo gravedad de juramento la información que confirmen su participación dentro del proceso de selección para la contratación.

Una vez abordados los antecedentes y desarrollo del principio de selección objetiva en Colombia, así como en otros países, en el siguiente capítulo, se aborda el eje central de la investigación, en el cual se describen las fases legales que integran la etapa precontractual de la licitación pública en los contratos de obra en Colombia definido en la Ley 80 de 1993 artículo 32, por ser esta clase de contratos los que en mayor grado permiten la observancia, desarrollo y cumplimiento del proceso de selección objetiva, sin demeritar los demás principios que complementan este último, entre ellos, la libre concurrencia, el interés general, la transparencia, imparcialidad e igualdad entre proponentes, por ser la modalidad, mediante la cual, se escoge al contratista en este tipo de contratos, si bien es cierto, no es la única modalidad para escoger al contratista, la licitación pública resulta ser la regla general, sin embargo excepcionalmente se puede escoger al contratista, a través de las siguientes modalidades a saber: 1). Concurso de méritos, 2). Selección abreviada, 3). Subasta inversa 4). Contratación directa, 5). Urgencia manifiesta, 6). Colombia compra eficiente, regímenes especiales (Regalías, salud, educación) 7). Acuerdos marco. (ESAP, 2018)

IX. CAPITULO II

ETAPA PRECONTRACTUAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN COLOMBIA

Tras haber abordado el origen y evolución del principio de selección objetiva en Colombia, así como los elementos dogmáticos, y aplicación de éste en países como: Alemania, España, Francia, Italia y México, es menester para esta sección, desarrollar la etapa precontractual del contrato de obra pública en Colombia. Para ello, esta sección desarrolla la siguiente estructura metodológica, en una primera sección, se aborda la noción del contrato civil, a partir de una perspectiva general, esto es, desde la óptica consagrada en el Código Civil Colombiano (Ley 84, 1893), ya que desde antaño, los contratos administrativos se encontraban sujetos al derecho privado, siendo este una fuente necesaria para el desarrollo de este tipo de contratos en Colombia. Acto seguido, en la segunda sección se abordará, la noción de contrato estatal consagrado en la Ley 80 de 1993 (Ley 80 de 1993, Artículo 32, inciso 1), Estatuto general de la contratación pública. Dentro de esta sección a su vez, se abordará el marco legal del contrato de obra pública en Colombia. Es importante resaltar, que como se señaló en el capítulo anterior, es la norma pionera en relación con los principios en la contratación pública en Colombia, puesto que dispuso en los artículos 23 al 29 (Ley 80 de 1993, artículo 23; artículo 29), un catálogo de principios que rigen esta actividad, y finalmente, en una tercera sección, se presentarán las fases legales de la etapa precontractual, haciendo referencia puntualmente, a la licitación pública, modalidad que de conformidad con la ley es la aplicable por regla general para la adjudicación de los contratos de obra pública, para lo cual, se abordarán cada una de las fases legales que integran la etapa

precontractual de la licitación de obra pública, las cuales contribuyen a la adecuada, eficiente y transparente selección del contratista.

Sección I. La noción del contrato en materia civil

Es menester para esta sección señalar que, en Colombia antes de 1964, la jurisdicción contenciosa administrativa carecía de competencia en temas contractuales, ya que los contratos administrativos no fueron regulados por el derecho público, fue con la Ley 222 de 1983 que entro a diferenciar los contratos administrativos y los contratos de derecho privado. Ahora bien, a lo largo de la evolución de la noción del contrato civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana, presentan diferentes definiciones de este, una de ellas expuesta por el profesor Diez Picazo, que lo define como: “la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de las obligaciones entre ellas; es una idea del derecho privado y constituye un orden económico” (Luis Diez Picazo , 2019). En ese orden de ideas, el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, las cuales se obligan al cumplimiento de lo pactado, de igual manera lo define el Código Civil Colombiano en el artículo 1495, que señala que el contrato, “es un acto mediante el cual una parte se obliga para con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser de una o varias personas” (Codigo Civil - 42a. Edición., 2019). Así las cosas, esta norma dispone, que, a través de la institución del contrato civil, se pueden regular y modificar las relaciones jurídicas, así como las obligaciones entre las partes, con el propósito de dar cumplimiento a lo pactado, conforme a los principios de buena fe, el uso y la ley. (Luis Diez Picazo , 2019)

El contrato civil no solo se circunscribe a la mera manifestación de voluntad de los contratantes, sino que es necesaria la existencia de una normativa o regulación que delimite

los derechos y obligaciones de las partes; en este sentido, el autor Bonivento (Correa, 2000), al distinguir entre voluntad y autonomía, expone que ésta última se presenta como: “La potestad de los particulares para darse un ordenamiento”, significando lo anterior, que en materia de contratación privada no es suficiente la simple manifestación de la voluntad, sino que debe contener los elementos propios del acto jurídico como lo menciona el artículo 1502 del Código Civil Colombiano, al decir que:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito.
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.” (Ley 84 de 1873, artículo 1.502)

Se puede afirmar que, sin que exista una normatividad o regulación en materia contractual, que fije los límites entre los derechos, obligaciones y deberes entre los individuos contratantes, no es de arribo, hablar de un contrato civil. Kelsen (Kelsen, 1936) por su parte, al exponer las dos dinámicas intrínsecas del derecho, como son los principios estáticos y dinámicos, hace referencia a una escala jurídica y sitúa al contrato en su último grado,

inmerso entre las normas que como el mismo autor denominó, son normas jurídicas individualizadas. (p. 203)

Se puede entender que el contrato es una fuente de obligaciones, y, por ende, una herramienta de garantía para ambas partes, donde deben coexistir las voluntades de los contratantes en el sentido de plasmar sus intereses y los fines que se ha propuesto al momento de contratar y de este modo procurar que el objeto del contrato se cumpla.

Sección II. El contrato estatal en Colombia.

Una vez presentada la noción del contrato en materia civil, se aborda la figura del contrato estatal a partir del marco jurídico de la contratación pública dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual lo define como: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (Ley 80 de 1993, artículo 13), ahora bien, el artículo 32 de la citada norma señala que: “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. (Ley 80 de 1993, Artículo 32, inciso 1). Es decir, en la contratación estatal, debe existir un acuerdo de voluntades, mediante compromiso recíproco obligacional para las partes contratantes, el cual en materia de contratación estatal debe constar por escrito, para así solemnizar el acto, y además consolidar los efectos jurídicos, a excepción de los que conlleven el traspaso del dominio o alguna especie de limitación a éste, no es necesario que se eleven a escritura pública. (Ley 80 de 1993, Artículo 32, inciso 1).

Si bien es cierto, la celebración de contratos administrativo, comprende un acuerdo de voluntades para las partes, que tiene como objetivo principal la satisfacción de las necesidades colectivas y del interés general, que propenden por el cumplimiento de los fines estatales, la prestación de servicios y materialización de los derechos de los particulares consagrados en la constitución política, mediante la aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal y demás normas concordantes. (Bahamón, 2018)

Ahora bien, el texto constitucional, imprime un deber a la entidad u órgano estatal contratante, el cual consiste en ejercer una estricta coordinación y apego a requisitos exigidos para contratar, tales como, la capacidad que ostenta la entidad para celebrar contratos en ejercicio de la función pública, la aptitud legal de las personas naturales o jurídicas (Ley 80 de 1993, artículo 6). Esta aptitud es la que faculta a las entidades públicas para celebrar contratos, a saber:

“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. (Ley 80 de 1993, Artículo 32, inciso 1).

En consonancia con lo anterior, la ley exige requisitos propios del acto jurídico entre ellos la aptitud o capacidad legal que deben cumplir las personas naturales y/o jurídicas al momento de contratar, lo que permite el cumplimiento del objetivo principal de la

contratación estatal, que es garantizar que los procesos que se realicen en las entidades del Estado, se lleven a cabo bajo los principios de igualdad, transparencia, moralidad administrativa, libre concurrencia, y adicional a ello, los postulados constitucionales, entre ellos, la satisfacción del interés general. Si bien, la aptitud legal es un requisito en el que deben estar inmersas todas las personas independientemente de si es natural o jurídica, no todas las personas ostentan la aptitud legal para celebrar contratos con el estado; es así como, el legislador consagró en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 la figura de las inhabilidades e incompatibilidades (Ley 80 de 1993, artículo 8), las cuales deben tenerse en cuenta al momento de contratar. Así las cosas, son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, quienes ostenten: a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes, b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados, c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad, d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado, f) Los servidores públicos, g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso, i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las

sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria, j) Adicionado. (Ley 1150 de 2007, artículo 4). Estas restricciones y requisitos formales son necesarios, ya que permiten que las operaciones contractuales se realicen bajo los criterios de moralidad, transparencia, imparcialidad, eficacia y eficiencia.

Una vez presentada la definición de contrato estatal en Colombia, consagrada en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, así como, el régimen de inhabilidades contenido en el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, se abordarán a renglón seguido, las diferentes tipologías contractuales previstas en el artículo 32 del estatuto general de la contratación pública (Ley 80 de 1993, Artículo 32), a saber: consultoría pública, prestación de servicios, concesión pública, encargos fiduciarios y fiducia pública, las cuáles se describen a continuación; y el contrato de obra pública, al cual se hará alusión en la siguiente subsección.

1) Consultoría pública: Es aquella tipología contractual, que se utiliza para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, factibilidad de programas o proyectos específicos. Estos contratos, tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, así como la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Cabe precisar, que, en los contratos de consultoría, cuyo objeto sea la interventoría, es obligatorio que las órdenes o sugerencias del interventor, se den por escrito.

2) Prestación de servicios: Son los que celebran las entidades y órganos públicos, a efectos de desarrollar actividades propias de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales, cuando se requieran conocimientos especializados o cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta. En este tipo de

contratos, no se genera relación laboral, por lo tanto, no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Es importante señalar que es de la esencia de esta modalidad contractual, la vigencia temporal, esto es, que solo se deben celebrar por el término estrictamente indispensable, tal y como lo estipula el inciso final del numeral 3 del artículo 32.

3) *Concesión pública*: Estos contratos tienen por objeto otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, organización, y en general todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de una obra o servicio, realizada por cuenta y riesgo del concesionario, y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente a cambio de una remuneración representada en derechos, tarifas, tasas y en general cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes pacten.

4) *Encargos fiduciarios y fiducia pública*: Es el contrato que se da entre entidades públicas y sociedades fiduciarias, el cual tienen por objeto la administración y/o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que celebre el Estado; Cabe resaltar, que en ningún caso las entidades públicas podrán delegar en la fiduciaria, la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fidecomiso. (Ley 80 de 1993, Artículo 32)

Presentados las definiciones de las distintas tipologías contractuales que se dan en el derecho público, a continuación, se hará referencia de manera puntual, al contrato de *obra pública*, ya que, esta tipología contractual, es el objeto sobre el cual recae la investigación, cuyo eje consiste en, presentar *el marco normativo del principio de selección objetiva en los contratos de obra pública en Colombia*.

Subsección I. El contrato de obra pública en Colombia

Es aquella tipología contractual que se utiliza, cuando el objeto del contrato, implica la *“construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”* (Ley 80 de 1993, Artículo 32, inciso 1), en ese orden ideas, el contrato de obra tiene como finalidad, la ejecución de una obra pública, la cual tiene por objeto: crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, además de la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común. (Radicado 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386) Edgar Gonzalez Lopez, 2018).

Por su parte Marienhoff, presenta una concepción del contrato de obra, y realiza una diferenciación sobre la noción entre obra civil y obra pública, adicional a ello, define la segunda de la siguiente manera:

“La obra es un bien que crea la actividad humana y ⁱ la obra pública es la realizada con intervención o realizada directa o indirectamente por el Estado. Igualmente define el trabajo público como construcción, mantenimiento, reparación y modificación de obra e incluso la destrucción de la cosa necesaria para la construcción de otra obra pública.” (Marienhoff, s.f.)

Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato de obra pública se entiende así, como la actividad material en la cual interviene el estado, bien sea, a través de sus funcionarios,

servidores o mediante un contratista, la cual se realiza en provecho de la entidad u órgano público, **la obra** que ésta demanda. Por lo que se puede concluir, que el contrato de obra pública que celebran las entidades estatales para la realización de cualquier trabajo estructural permite garantizar los intereses generales, para lo cual, debe estar ceñido al cumplimiento de los principios estatales y la buena marcha de la administración pública.

Ahora bien, como se mencionó en la sección referida al contrato civil, la aptitud para contratar con el Estado resulta indispensable en esta actividad contractual, no en vano la Ley 80 de 1993 en su artículo 6, establece que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales *las personas consideradas legalmente capaces* en las disposiciones vigentes” (...). (Ley 80 de 1993, artículo 6) (Cursiva fuera del texto). Así las cosas, en esta tipología contractual, debe acreditarse la **Capacidad Residual o K³** de la contratación, para lo cual el Decreto 1082 del 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 establece que el interesado debe presentar los siguientes documentos: a) Lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos con entidades públicas y privadas, así como, aportar el valor y el plazo de los mismos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios. b) Lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos entre consorcios, uniones temporales o sociedades con entidades públicas y privadas, en las que el proponente tenga participación, así como, aportar el valor y el plazo de los mismos incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios y, c) El balance general auditado del año anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, suscritos por el interesado o su

³ Es la aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.1.1.3.1.)

representante legal y el revisor fiscal, en éste último, cuando la empresa esté obligada a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.4)

Abordada la noción de contrato de obra pública, así como otros elementos propios de esta tipología contractual, se describen a continuación las diferentes formas de pago dispuestas en los artículos 88, 89, 90 y 102 del Decreto 222 de 1983, (Decreto 222 de 1983, artículos 88, 89, 90, 101 y 102), las cuales, aunque actualmente no están contempladas de manera expresa en el estatuto general de la contratación pública, las partes las pueden pactar, teniendo en cuenta elementos contractuales, tales como, la modalidad del contrato y la forma de ejecución del mismo; así mismo, se podrán estipular cualquier modalidad que surja del tráfico comercial y jurídico (Camacho & Bohórquez, 2002). Estas formas de pago, son a saber: precio global, precio unitario, administración delegada, reembolso de gastos y otorgamiento de concesiones, las cuales se precisan a continuación.

1) Precio global: Es aquella forma de pago, en la cual el contratista, a cambio de la labor realizada, obtiene como remuneración una suma global fija, que además incluye los honorarios que se generan con ocasión del contrato. El contratista es el único responsable de la vinculación del personal, la obtención de materiales y la elaboración de subcontratos, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad por esta causa. La jurisprudencia ha señalado que, en el contrato a precio global se incluyen los precios directos e indirectos, en los que el contratista incurre para la ejecución de la obra. (Sentencia 25000232600019970439001 (18080)- Palacio, Ruth Estella Correa, 2011)

2) *Precios unitarios*: Es aquella forma de pago que se da por unidad o cantidad de obra a realizar, en los que, el valor total corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas, multiplicadas por el precio de cada una de ellas, siempre, dentro de los límites que el mismo convenio o contrato fije. Cabe mencionar que, igual que en los contratos a precio global, el dueño de la obra no adquiere responsabilidad alguna por los actos que el contratista realice, al ser este último el responsable de la vinculación del personal, la obtención de materiales y la elaboración de subcontratos.

3) *Administración delegada*: Es aquella en la cual, la administración delega en el contratista, para que éste ejecute bajo su propio riesgo la ejecución del contrato, siendo este responsable de los subcontratos para la ejecución de la obra.

4) *Reembolso de gastos*: Es la forma de pago, en la cual el contratista con sus propios recursos ejecuta las obligaciones a las que se comprometió con la entidad, y esta a su vez, debe reembolsar los gastos comprobados en los que tuvo que incurrir éste, para la ejecución de la obra; adicional a ello, deberá cancelar los honorarios causados al contratista.

5) *Otorgamiento de concesiones*: Es aquella forma de pago, en la que el concesionario recibe una remuneración por un tiempo determinado o de manera porcentual en relación con lo producido, la cual puede estar representada en derechos y tarifas (Decreto 222 de 1983, artículos 88, 89, 90, 101 y 102).

Una vez, desarrolladas las formas de pago propias de esta tipología contractual, a continuación, se abordarán la diferente modalidad de selección del contratista en los contratos de obra pública consagrados en el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, como lo son: la

selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y licitación pública, las cuales se describen a continuación:

1) *Selección abreviada*: Esta modalidad se encuentra prevista en los casos en que la contratación, obra o servicio, sea para procesos simplificados a fin de garantizar el buen desarrollo de la gestión contractual.

2) *Concurso de méritos*: Pertenece a la modalidad de selección de los consultores o proyectos, los cuales podrán utilizarse para concurso de precalificación, que se realizará mediante convocatoria pública y permitirá establecer listas limitadas bajo resolución motivada y notificada en estrados a los interesados

3) *Contratación directa*: Es la modalidad en la que únicamente procede para los casos de urgencia manifiesta y contratación de empréstitos

4) *Contratación mínima cuantía*: contratación la cual no debe exceder el 10% de la menor cuantía y se efectuara según las reglas expuestas en el numeral 5 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

5) *Licitación Pública*: modalidad que, por regla general, se aplica para la adjudicación de los contratos públicos en Colombia. (Ley 1150 de 2007, artículo 2 , s.f.)

Es así como esta ultima la modalidad, se enmarca dentro del principio de selección objetiva, que impone el deber de escoger al proponente que cumpla los requerimientos de la entidad ofertante, en cuanto a experiencia, capacidad, factibilidad y condiciones idóneas del contratista, los cuales deben ser registrados en la plataforma de información y gestión contractual en línea SECOP II, “Sistema Electrónico de Contratación Pública”.

Ahora bien, una vez abordada la noción de contrato de obra pública, la capacidad que debe ostentar el contratista para celebrar contratos con el estado, y desarrolladas las diferentes formas de pago propias de esta tipología contractual, se presentarán las fases legales de la etapa precontractual en la licitación pública en Colombia.

Sección III. Fases legales de la etapa precontractual en la modalidad de licitación pública en contratos de obra pública.

Esta sección describe el procedimiento precontractual de los contratos de obra pública en Colombia, a partir de las fases que se desarrollan en esta etapa, las cuales a título enunciativo son las siguientes: 1) Planeación, 2) Convocatoria pública, 3) Expedición del Prepliego, 4) Pliego de condiciones, 5) Apertura del proceso, 6) Presentación de propuestas, 7) Habilitación de propuestas, 8) Evaluación de propuestas, 9) Audiencia pública de adjudicación, 10) Adjudicación. (Colombia., Artículo 2.2.1.1.1.4.4). Estas fases ostentan un carácter de obligatoriedad, y están previstas en el Decreto 1082 de 2015, las cuales, a su vez, establecen el procedimiento previo que se debe surtir antes del perfeccionamiento del contrato de obra pública.

Siguiendo con lo anterior, se presenta una gráfica propia, que describe las fases mediante las cuales la entidad contratante desarrolla el proceso de selección, para garantizar que la adjudicación se otorgue a quien presente la mejor oferta, teniendo en cuenta los requerimientos de la entidad oferente.



(Figura 1. (Grafica propia), Fases del proceso de selección, 2019)

Subsección I. Etapa precontractual del proceso de licitación en los contratos de obra pública en Colombia

Una vez presentado el marco legal del contrato de obra pública en Colombia, se aborda en esta subsección, los momentos administrativos precontractuales que componen esta etapa, iniciando con la fase aviso de convocatoria, hasta la adjudicación del contrato a saber:

1) Fase de planeación:

De conformidad con la sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera - radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio se indicó que esta fase es importante, dado que la gestión contractual nace de una

planeación, es decir, que todas las entidades públicas están en la obligación de realizar un estudio previo y completo, encaminado a identificar la necesidad para la adquisición de bienes, obras o servicios enmarcados en las calidades y especificaciones e información oportuna, así como los costos, valores y precios del mercado, para la ejecución del contrato, en este sentido indica que:

“Tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación” (Radicado: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), Ruth Stella Correa Palacio, 2012)

Según el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1, “los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato”, estos documentos deben estar a disposición del público durante el desarrollo del proceso de contratación. A continuación, se presentan los documentos y estudios que integran esta fase: 1) La necesidad a contratar, 2) El objeto a contratar, especificaciones,

autorizaciones, permisos y licencias, 3) Modalidad de selección del contratista, 4) El valor estimado del contrato y la forma como los calculó el presupuesto en la estimación del mismo. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración, 5) Los criterios para seleccionar la oferta más favorable, 6) El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo, 7) Garantías, 8) La indicación de Acuerdo Comercial. (Decreto 1082 del 2015, Artículo 2.2.1.1.2.1.1).

Sin duda alguna, la planeación resulta fundamental para la elaboración y análisis del proceso de contratación pública, con el fin de determinar los aspectos importantes del contrato, el procedimiento, documentos, estudios y requisitos para llevar a cabo la selección del respectivo contratista, con miras al cumplimiento de los fines estatales. Por tal razón, estos estudios y documentos, deben ser entregados con anterioridad a la convocatoria pública, diligenciando el Plan Anual de Adquisiciones (PAA), según lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.4.1 subsección 4, que indica:

“Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la

cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación”. (Decreto 1082 del 2015, Artículo 2.2.1.1.1.4.1).

El PAA es una herramienta legal que permite a las entidades estatales, identificar las necesidades de bienes, obras y servicios públicos, con el fin de diseñar estrategias que permitan llevar a cabo el proceso de contratación pública, así como, la modalidad de selección del contratista. Una vez elaborado el PAA, la entidad deberá publicarlo en la página web y en el SECOP, y actualizarlo por lo menos una vez durante su vigencia, cuando haya lugar a ajustes, de acuerdo a la modalidad de selección o cuando la entidad identifique nuevas necesidades, tal como lo establece el artículo 2.2.1.1.1.4.4 del Decreto 1082 del 2015; así mismo, en esta fase, mediante acto administrativo, la entidad debe avisar públicamente en el SECOP, la convocatoria del contrato, con el objeto de garantizar el principio de publicidad y transparencia; y en este sentido, permitir la participación de un mayor número de oferentes, lo cual garantiza los principios de libre concurrencia e igualdad entre proponentes.

2) Fase de convocatoria pública:

Con el fin de fomentar la participación en los procesos de contratación pública en Colombia, el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.2.1.2, señala que la entidad estatal debe publicar en el SECOP el aviso de convocatoria a través de acto administrativo, con el objeto de promover el principio de publicidad y transparencia en la contratación estatal. Además, en virtud del principio de celeridad, es importante que la entidad señale en el acto administrativo de convocatoria pública, la información necesaria, de manera clara y completa. Dicho acto administrativo, además de lo establecido para cada modalidad de selección, debe contener como mínimo, los siguientes componentes, a saber: 1) Nombre y

dirección de la Entidad Estatal, 2) Dirección, correo electrónico y teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, así mismo, la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documento, 3) El objeto del contrato, 4) Modalidad de selección, 5) El plazo del contrato, 6) Fecha límite para la presentación de ofertas y el lugar y forma de presentación de la misma. 7) Valor del contrato y la disponibilidad presupuestal de la entidad, 8) Acuerdo Comercial, 9) Convocatoria susceptible de ser limitada a Mipyme, 10) Enumeración y descripción de las condiciones para participar en el Proceso, 11) Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación, 12.) Cronograma, 13) Forma de como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.2).

En esta fase, la entidad estatal contratante está obligada a publicar oportunamente en la plataforma SECOP, el aviso de convocatoria pública y el proyecto de pliego de condiciones, para que quienes estén interesados en participar en el proceso de contratación tengan la oportunidad de presentar observaciones dentro del término previsto en el Decreto 1082 del 2015 en el artículo 2.2..1.1.2.1.4, el cual señala que los interesados podrán realizar observaciones al pre-pliego a partir de la fecha de su publicación. Sobre el particular, Colombia compra eficiente, señala que, la entidad contratante publicará los avisos hasta tres (3) veces con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, en la página Web de la entidad y en el SECOP, es decir, que la Entidad Estatal puede publicar mínimo un (1) aviso y hasta tres (3), antes de la apertura de la Licitación Pública y dentro del término establecido por el Decreto 1082 de 2015. (Colombia Compra Eficiente, Radicado: 216130001027).

Por consiguiente, la entidad estatal, debe publicar por el medio más idóneo, el aviso de convocatoria pública, así como el proyecto de pliego de condiciones y demás documentos

previos que deben ser conocidos por los posibles oferentes que aspiren a participar del proceso de selección, y de esta manera, generar transparencia y moralidad en dichos procesos contractuales públicos, adicional a ello, para garantizar los principios de publicidad y libre concurrencia, los cuales resultan intrínsecos a la moralidad administrativa, esencia misma de las normas que regulan la contratación pública en Colombia.

3) Fase de pre - pliego:

Ahora bien, antes de presentar el pliego de condiciones definitivo, la entidad contratante debe realizar el borrador o pre-pliego de condiciones, para que los interesados puedan hacer comentarios u observaciones al proyecto de pliego a partir de la fecha de publicación de los mismos: durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública, tal como lo establece el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, estas observaciones deben constar por escrito y estar fundamentadas; así mismo, este documento deberá ser publicado en la plataforma electrónica SECOP, al igual que la respuesta a estas observaciones (Participar en la etapa de borrador de los pliegos de condiciones, 2013).

Además de las observaciones al pliego de condiciones, la entidad deberá, determinar los posibles riesgos previsibles del contrato, con el fin de cuantificar la ecuación o equilibrio financiero del mismo, esto deberá realizarse antes de la apertura de selección del contratista, de acuerdo con el trámite de audiencia donde se aclaran los riesgos previsibles, e implica adicionalmente la aceptación de tales riesgos por parte de los proponentes y la valoración de los mismos, así como lo establece el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 al decir que:

“La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con

el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente (...)” (Ley 1150 de 2007, artículo 4).

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, los documentos y requisitos que debe contener el pliego de condiciones, son los siguientes: a) Descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, b) La modalidad de selección, c) Criterios de selección, d) Condiciones de costo y calidad para la selección, e) Reglas aplicables a la presentación de ofertas, evaluación y adjudicación, f) Causas para rechazar la oferta, g) Valor, plazo, cronograma de pagos, determinación de entrega de anticipos del contrato, h) Riesgos y forma de mitigarlos. I) Garantías, j) Acuerdo comercial, k) Términos, condiciones y minutas del contrato, l) Términos de la supervisión e interventoría del contrato, m) Plazo para expedir adendas, n) Cronograma. (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3)

Así las cosas, esta fase tiene por objeto abrir un espacio para que quienes estén interesados en participar del proyecto que la entidad ofrece, tengan la oportunidad de exponer sus preguntas u observaciones respecto a lo establecido en el proyecto de pliego de condiciones, para que estas sean estudiadas por la entidad, quien decidirá si las mismas prosperan o no, de esta manera, con ello se fomentan los principios rectores de la contratación estatal, puntualmente, el de la transparencia.

4) Fase de pliego de condiciones

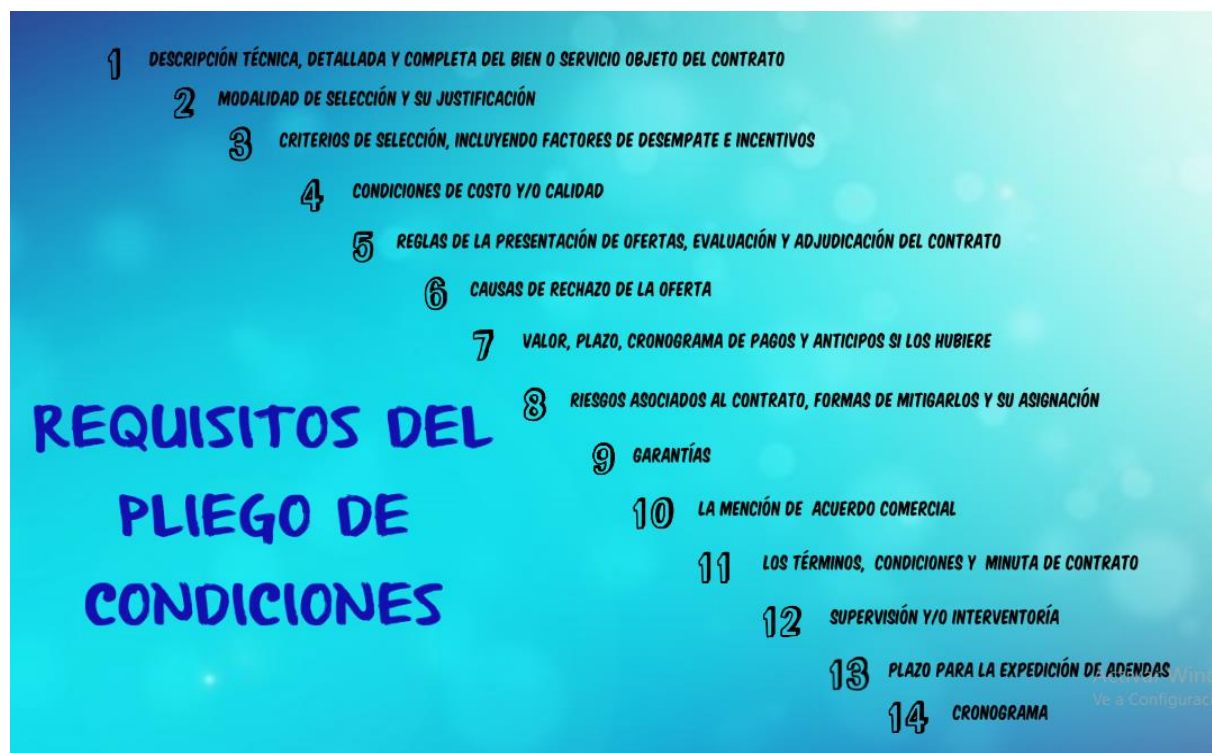
Una vez abordadas las fases anteriores, se expide el pliego de condiciones definitivo, que consiste en el acto administrativo mediante el cual, la entidad define las reglas a las

cuales se deben someter las partes en el proceso pre y contractual; esté tiene carácter vinculante, es obligatorio y constituye fuente de derechos y obligaciones para las partes. Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado que los pliegos de condiciones son la clara manifestación de los principios de la contratación pública en Colombia, entre ellos se resaltan los de planeación, transparencia, selección objetiva e igualdad, al ser estos una herramienta y guía para la administración pública al establecer las reglas y procedimientos de forma clara y justa, que permitan a la entidad escoger al mejor contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.” (Enrique Gil Botero, 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)).

La entidad deberá estudiar dichas observaciones y verificar si estas prosperan o no, en caso de prosperar, se tendrá que realizar un ajuste al pliego mediante *adendas*⁴, las cuales deberán ser expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas, y publicadas en el SECOP a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación de adendas debe hacerse con tres (3) días de anticipación. (Decreto 1082, artículo 2.2.1.1.2.2.1, 2015). De esta manera, se busca promover el principio de publicidad y transparencia en la contratación pública.

Así las cosas, el pliego de condiciones debe estar acorde a los parámetros descritos en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 del 2015 (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3), en el que se establecen los siguientes elementos o componentes del pliego de condiciones, los cuales se presentan en la siguiente gráfica:

⁴ Adendas: Documento por medio del cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones **Fuente especificada no válida.**



(Figura 2. (Grafica Propia) Elementos del pliego de condiciones, 2019)

5) Fase de apertura del proceso

Agotada la fase de observaciones al pliego, elaborados y publicados los estudios previos, entre ellos los diseños, actos, pliego de condiciones definitivo, etc, la entidad procederá a expedir el acto administrativo de *apertura del proceso de selección* de carácter general, en el cual, la misma deberá motivar los fundamentos jurídicos que soporten la modalidad de selección que se adelantará, así como también, el beneficio y oportunidad del contrato y su ajuste a los planes de inversión, adquisición, presupuesto y ley de apropiaciones, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad, según sea el caso, (Ley 80 de 1993, artículo 30). Adicional a ello, el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015, señala que este acto administrativo debe contener lo siguiente a) El objeto de la contratación, b) La modalidad de selección que se propone adelantar, c) El cronograma,

d) El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones, los estudios y documentos previos, e) La convocatoria pública para las veedurías, f) El certificado de disponibilidad presupuestal, g) Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección. (Decreto 1082 de 2015, artículo 2..2.1.1.2.1.5)

6) Fase de presentación de las ofertas

En esta fase los criterios de selección del proponente son fundamentales al momento de presentar la oferta, ya que como lo estipula el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007 (Ley 1150 de 2007, artículo 5), estos son requisitos habilitantes y por ende objeto de verificación, los cuales, se deben tener en cuenta para seleccionar la mejor oferta, esto es, aquella que cumpla con los requisitos que la entidad busca sin tener consideración subjetiva o factores de interés a terceros. Los criterios a tener en cuenta son, la *capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes*, es de anotar que estos no otorgan puntaje al momento de hacer la evaluación, sino que solo son habilitantes al momento de la selección (Ley 1150 de 2007, artículo 5). Adicionalmente, se deberá considerar las condiciones de los proponentes nacionales o extranjeros que estén interesados en celebrar contratos con el estado, para lo cual, deben estar inscritos en el registro único de proponentes del registro único empresarial de la cámara de comercio con jurisdicción en su domicilio principal. En este registro, estará consignada toda la información en relación con los requisitos habilitantes enunciados anteriormente. El artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, establece que la persona inscrita en el RUP debe actualizar y renovar la información en lo que se refiere a estos requisitos.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que cuente en la ponderación de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Ahora bien, en esta fase el principio de libre concurrencia resulta intrínseco en este tipo de procedimientos, puesto que este principio tiene como finalidad garantizar la igualdad de oportunidad en el acceso y participación a todas las actividades del estado, frente a esto Colombia compra eficiente indica que:

“Las entidades públicas deben permitir la participación de todos los interesados en un proceso de licitación, con lo cual, cuando se pretendan cláusulas que restrinjan la participación de oferentes como en el caso de exigir bienes de una marca específica, o criterios diferenciadores de los proponentes como su nacionalidad o lugar de residencia dichas exigencias deben justificarse en los pliegos de condiciones; de lo contrario, vulneraría el principio de igualdad y libre concurrencia que rigen los procesos de selección” (Colombia compra eficiente).

7) Fase de habilitación

Una vez presentada las ofertas, la entidad estatal debe verificar los requisitos habilitantes de estas; al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-713/09, con ponencia

de la magistrada María Victoria Calle Correa, señaló que: “Las ofertas deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones”, es así como, una ponderación precisa y detallada permite que la entidad estatal pueda adjudicar al mejor proponente, y así rechazar las propuestas que no acrediten los requisitos habilitantes cuando no los aclaren o corrijan antes de la adjudicación del contrato. (Sentencia C 713/09, María Victoria Calle Correa).

Aunado a lo anterior, los requisitos habilitantes “miden la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación estatal, como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia” (Colombia Compra Eficiente, 2018). Colombia Compra Eficiente las define así, “1. Capacidad Jurídica: Es la facultad de una persona para celebrar contratos con una Entidad, es decir, a obligarse a cumplir el objeto del contrato y a no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato. 2. Experiencia: Es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato. 3. Capacidad Financiera: Esta mide el Índice de liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses. 4. Capacidad Organizacional: Estos miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado, la rentabilidad del patrimonio y del activo”. (Colombia Compra Eficiente, 2018), es así como, la finalidad de estos requisitos, es establecer las condiciones mínimas para los proponentes, que quieran participar del proceso de contratación, y así la entidad pueda evaluar las propuestas de aquellos oferentes que cumplan con el objeto del contrato.

Ahora bien, en esta fase se podrán rechazar las propuestas que no cumplan con los requisitos exigidos en el pliego, y que no sean susceptibles de subsanación; adicional a ello,

en esta fase se habilitarán las propuestas que cumplan con los requisitos, y el orden de elegibilidad, (Muñoz, 2016), una vez agotado el proceso de habilitación, se abordará la fase de evaluación, que culmina con el informe de evaluación, que deberá contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad de las ofertas habilitadas. (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.3.2)

8) Fase comité evaluador

En esta fase la entidad contratante deberá contar con un comité evaluador, asignado por la misma entidad, quien le asignará a este comité, funciones específicas para el ejercicio de esta función, quienes deberán ceñirse a lo contemplado en el pliego de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015:

“La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión” (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.3)

Es menester que los integrantes del comité evalúen de manera neutral y objetiva las propuestas, ciñéndose para ello, a las reglas contenidas en el pliego de condiciones, permitiendo aplicar de esta forma, los criterios de selección objetiva y las observaciones hechas por el comité, orientadas a la selección de la mejor propuesta. El resultado de la aplicación, evaluación y ponderación de estos criterios, se consignan en el “Informe de Evaluación”⁵ que se presenta al ordenador del gasto de la entidad y a los proponentes; así mismo, como garantía de la publicidad y transparencia de estos procesos, este documento debe publicarse en el SECOP.

Este informe, contiene el análisis de las propuestas y documentos presentados para soportar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de asignación de puntaje, propuestas que son estudiadas desde el ámbito jurídico, financiero, técnico, económico, organizacional y de experiencia, orientado a solicitar aclaraciones, complementaciones y/o a subsanar requisitos que no otorguen puntaje. Conforme a lo anterior, se puede concluir que, el comité evaluador deberá ejercer su función de acuerdo a los criterios y requisitos exigidos en el pliego de condiciones, a fin de seleccionar y posteriormente adjudicar a la propuesta que cumpla con dichos requisitos.

9) Audiencia pública de adjudicación y asignación de riesgos

a. Audiencia pública de adjudicación.

En los procesos licitatorios, la adjudicación se debe realizar de manera obligatoria mediante audiencia pública, la cual debe estar contemplada en el cronograma preestablecido para el proceso respectivo. En dicho cronograma, se debe indicar fecha y hora de la misma

⁵ Este documento es un acto de trámite, preparatorio y no definitivo, puesto que no contiene una decisión de fondo, función que la ley endilgó únicamente al ordenador del gasto. (Muñoz, 2016)

(Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.1.2). En el desarrollo de la audiencia, los oferentes tendrán un espacio para pronunciarse acerca de las observaciones presentadas en el informe de evaluación de las ofertas. Es oportuno señalar que, en esta fase, los contratistas no pueden modificar o ajustar la oferta. Se podrá suspender la audiencia cuando se presente algún pronunciamiento y que la entidad considere que deba hacerse un análisis, a efectos de verificar los asuntos debatidos y la veracidad de lo expuesto (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.1.2).

El representante legal de la (s) sociedad (es) oferente (s), podrá pronunciarse (verbal) por una sola vez, sobre la evaluación y calificación de la oferta; así mismo, se podrá prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación, cuando la entidad con anterioridad lo publicó en el SECOP. Finalmente, una vez terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda. (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.1.2),

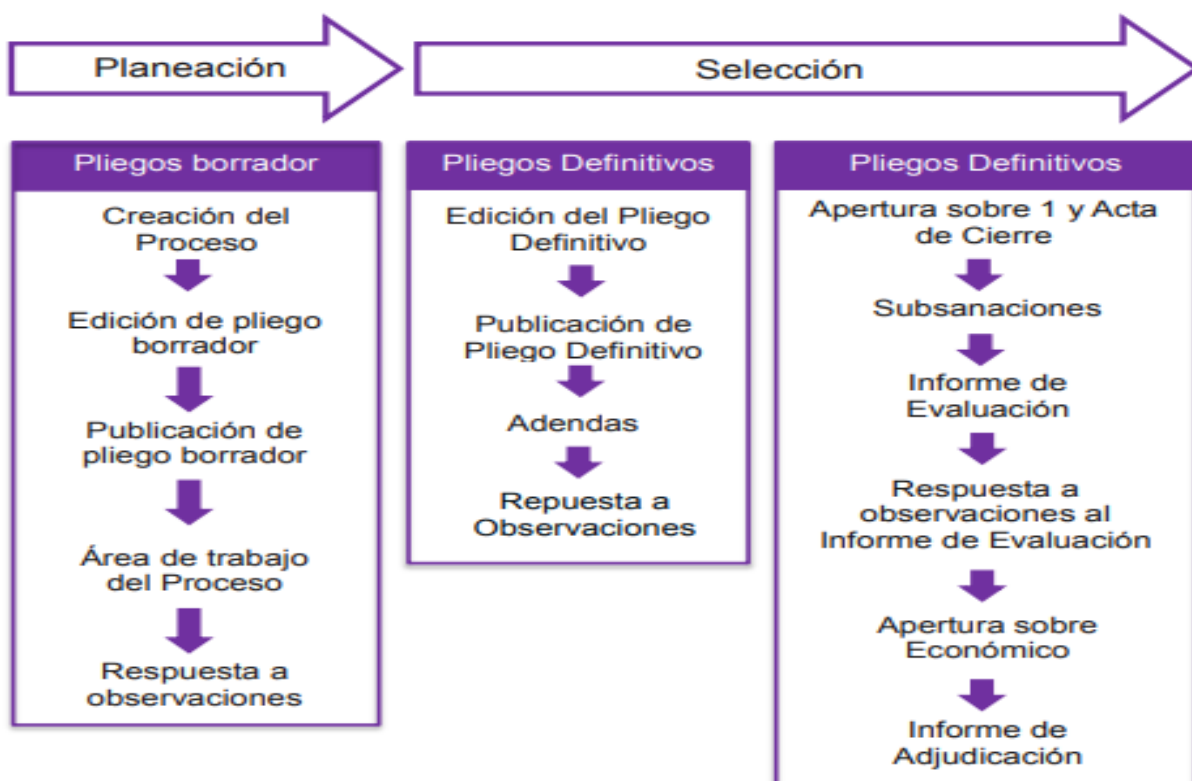
b. Audiencia de asignación de riesgos

Según lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, se contempla que, dentro de la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar un análisis de los posibles riesgos que se podrían presentar con ocasión del contrato a celebrar, y así, proceder a realizar la asignación de estos. (Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.1.2)

Para ilustrar en la praxis el proceso de licitación pública para la selección de contratistas en los contratos de obra pública, a continuación, se presenta una gráfica de

Colombia Compra Eficiente, la cual resume las fases que componen la etapa precontractual de estos procesos, cuyo eje de análisis constituyen el desarrollo de esta sección.

Guía rápida para hacer un Proceso de Contratación de Licitación Pública (Obra Pública) en el SECOP II)



(Figura No. 3. Guía rápida para hacer un Proceso de Contratación de Licitación Pública)

Es menester de esta sección, precisar que el legislador se ha interesado por materializar un instrumento jurídico denominado pliego tipo, reglamentado por la Ley 1882 de 2018 y el Decreto 342 de 2019. La Ley, lo define como un formato unificado en cuanto a experiencia, indicadores organizacionales y presupuestos, buscando fortalecer el proceso de licitación pública, bajo condiciones estándares referidas a los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos, esto con la finalidad de eliminar la subjetividad en los pliegos de condiciones, y evitar la problemática de la corrupción.

Aunado a ello, la Procuraduría General de la Nación menciona al respecto que: la materialización de los pliegos de condiciones y documentos tipo no es una disposición alejada en la contratación estatal, por el contrario, obedece a una política de transparencia, que busca la materialización de los principios de *selección objetiva*, economía y responsabilidad contractual. Es así, como vemos que la implementación de este formato en la práctica, coadyuva a que el proceso de selección tenga mayores garantías, y generar seguridad a la entidad y a los particulares que participen de dicho proceso, en la medida de evitar que se elaboren requisitos habilitantes a la medida de un único proponente. (Pliegos tipo son una herramienta eficaz para prevenir la corrupción en la contratación pública, 2019)

Ahora bien, cabe resaltar que los pliegos tipo se encuentran sujetos únicamente a los procesos de licitación pública en lo que atañe a proyectos de infraestructura y transporte, a fin de que, en este sector, la contratación pública, no siga teniendo detrimentos económicos y por lo que dicha estandarización permite garantizar los principios propios de la administración pública.

De lo anterior se evidencia, que la Ley 1082 de 2015, establece las fases legales de la etapa precontractual, enmarcadas dentro del proceso de selección de contratista, cada ellas cuenta con un objetivo específico que a su vez permiten la igualdad, la objetividad y transparencia en el desarrollo de este proceso, desde la fase de planeación, que comprende la elaboración de estudios previos de acuerdo la necesidad identificada por la entidad, hasta la adjudicación del contrato a la propuesta que cumpla con lo requerido en el pliego de condiciones como también, lo exigido por la legislación colombiana, en pro de salvaguardar los principios rectores de la administración pública

Una vez abordados los elementos conceptuales del principio de *selección objetiva* en la contratación pública, así como las fases legales de la etapa precontractual del *contrato de obra* pública en Colombia, es menester para el siguiente capítulo, desarrollar y analizar el principio de selección objetiva a la luz de la jurisprudencia del consejo de estado.

X. CAPITULO III

ANALISIS DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO: PERIODO 2008 - 2018

Tras haber abordado la noción del contrato civil, el contrato estatal y el contrato de obra pública en Colombia, así como las fases legales de la etapa precontractual en la licitación pública, es menester presentar un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos del Consejo de Estado en Colombia, en relación con *el principio de selección objetiva en los contratos de obra pública en Colombia*, precisando que, en este capítulo se profundiza en los lineamientos argumentativos y en el desarrollo de las decisiones judiciales del tema objeto de estudio. Esta investigación se desarrolla entre el periodo 2008 y 2018; se parte con la sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera - Radicado 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783) (Radicado 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Myriam Guerrero de Escobar, 2008), por ser este uno de los primeros pronunciamiento de este Alto Tribunal, después de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007), la cual fortalece los postulados dogmáticos de la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), y establece así mismo, las modalidades de selección del contratista, y finaliza, con la sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera- Radicado 25000-23-26-000-2003-01082-01 (38339) (Radicado 25000-23-26-000-2003-01082-01 (38339), Stella Conto Diaz Castillo, 2018), por ser esta, una de las ultimas en referirse al tema objeto de investigación.

La sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera, radicado **76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)**, con ponencia de la Consejera Myriam Guerrero de Escobar,

(Radicado 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Myriam Guerrero de Escobar, 2008), resaltó la importancia de la escogencia de la oferta más favorable en materia de contratación pública, bajo los criterios de selección determinados en el pliego de condiciones, y precisa, como la entidad debe elegir la oferta que se ajuste a los fines que persigue la administración.

El caso se trató de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 042 de 20 de mayo de 1997, expedida por la Corporación Regional de Turismo del Valle del Cauca – CORTUVALLE -, mediante la cual se adjudicó la licitación pública No. CRTV-01-97, al ciudadano José María Chemas Jaramillo, cuyo objeto contractual consistía en ejecutar las obras de la “Granja Hacienda el Paraíso”. En este caso, el demandante pretendía la nulidad del acto de adjudicación, y como consecuencia de ello, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la más favorable.

Los hechos que dieron origen a la expedición del acto demandado, se fundamentan en que CORTUVALLE, abrió la licitación pública para la construcción y remodelación de la “Granja Hacienda el Paraíso”, en la cual la entidad demandada no tuvo en cuenta la propuesta presentada por el actor, la cual, según él mismo, cumplía con lo requerido en el pliego de condiciones, además de contar con la mayor experiencia y el precio más bajo frente a lo ofrecido por los demás oferentes. Por su parte, CORTUVALLE, eliminó la oferta del demandante Javier Alonso Quijano Alomia, al encontrar las condiciones económicas y de contratación como artificialmente bajas, respecto del presupuesto oficial, según lo establecido en el pliego de condiciones, por lo tanto, la oferta del actor no podía ser habilitada ni evaluada.

La Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera-, analizó los siguientes temas objeto de debate dentro de la sentencia: 1) El carácter vinculante de los pliegos de condiciones y 2) La selección objetiva y el principio de igualdad. En cuanto al primer punto, señaló que el pliego de condiciones constituye un marco normativo, el cual tienen un carácter vinculante, tanto para la administración, como para los oferentes en la licitación pública y es así como, la obligatoriedad del pliego se ha definido como una “*ley de la licitación*”, ya que, sus requisitos regulan la etapa para el procedimiento de selección del contratista, y por lo que, los proponentes deben acatar los elementos o componentes del pliego de condiciones descritos en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 del 2015 (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3), teniendo en cuenta que las reglas contenidas dentro del pliego de condiciones buscan garantizar, la igualdad, transparencia y objetividad en la escogencia del contratista.

En relación con el segundo ítem, el referido a la igualdad de los oferentes, señaló que, este es un presupuesto fundamental para la selección del contratista, el cual se ve reflejado al evaluar todas las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en el pliego de condiciones, para dar una respuesta motivada a las observaciones hechas al pliego. Es de anotar que, el principio de igualdad en esta actividad contractual es un presupuesto fundamental para garantizar la selección objetiva, siendo un principio rector para la buena marcha de la función administrativa y la legalidad del acto de adjudicación en la licitación pública.

El Consejo de Estado concluyó que, CORTUVALLE no fue en contravía de los principios de la contratación estatal, toda vez que, está decidió descalificar la propuesta del demandante, por no ajustarse a los requisitos establecidos dentro del

pliego de condiciones y considerar que contenía precios artificialmente bajos, en relación con el presupuesto oficial, y que además, el demandante tampoco sustentó en su oferta las razones por las cuales sus precios eran significativamente más bajos que los del mercado, y porque su oferta, era la más favorable para el interés público.

Finalmente, la Sala concluyó que, la entidad fue objetiva al momento de seleccionar la oferta más favorable para la administración, y que esta se ciñó bajo los parámetros establecidos en el pliego de condiciones, respetando así el principio de igualdad entre los proponentes que participaron de la licitación pública, y que, por tal razón, no existía la nulidad respecto del acto de adjudicación.

Para el año 2009, la sentencia **76001-23-31-000-1996-02254-01(17366)** del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, (Radicado 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366), Mauricio Fajardo Gómez, 2009), desarrolló la solicitud de nulidad de la Resolución 5752 del 19 de octubre de 1995, por medio de la cual, la Empresa Municipal de Cali adjudicó la licitación pública No.GT-002- 95 al señor Edgar Ivan Quintero Zuluaga. El demandante Javier Alonso Quijano Alomía, fundamentó los hechos en que, EMCALI abrió licitación pública, con el objeto de construir los pisos para el “Edificio Administrativo de la Gerencia de Teléfonos de la Flora”, determinando en los pliegos de condiciones la calificación técnica que se le otorgarían a los oferentes, esto según el demandante desconoció los criterios consagrados en el pliego de condiciones, adjudicándole de manera no objetiva el contrato al señor Edgar Iván Quintero Zuluaga.

Así las cosas, el Alto Tribunal analizó los siguientes temas, “1) El pliego de condiciones y 2) la selección objetiva”, señalando en primer lugar que, el pliego de condiciones es un procedimiento administrativo de la licitación pública, la cual constituye aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, determinación, ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias que se consideren necesarias para garantizar los derechos y obligaciones entre las partes durante la etapa del procedimiento de selección. Es así, como el pliego de condiciones debe establecer los requisitos de participación de los oferentes, de tal forma que, se pueda escoger la oferta más favorable para la ejecución del objeto perseguido por la administración.

En cuanto a la *selección objetiva*, la Sala señaló que, la selección del contratista implica la escogencia más favorable de acuerdo a los factores de ponderación, por lo que, la administración debe aplicar rigurosamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones, así como, dar a conocer oportunamente los informes de evaluación y dar respuesta a las observaciones de las ofertas, a fin de garantizar la oferta más favorable para la actividad contractual de la entidad estatal. Aunado a lo anterior, indicó que, la escogencia objetiva debe estar intrínseca a los principios orientadores de la actividad contractual, como lo son la transparencia, economía, igualdad y a la moralidad, para garantizar el buen desarrollo de la función pública.

En razón a lo anterior, el Consejo de Estado, concluyó que EMCALI si tuvo en cuenta los criterios de evaluación y ponderación contenidos en el pliego de condiciones, para la ejecución del objeto del contrato, y que, por tal razón, el demandante no cumplió con la totalidad de los requisitos técnicos establecidos, por lo tanto, al no encontrarse favorable su oferta, esta no podía ser evaluada. Finalmente, la Sala negó la pretensión solicitada por el

demandante, al establecer que, EMCALI, garantizó durante el proceso de selección los factores de ponderación para escoger la oferta más favorable, la cual fue adjudicada al señor Edgar Iván Quintero Zuluaga.

Entre los años 2010 y 2011, el Consejo de Estado emitió pronunciamientos que si bien, no hacen alusión de manera taxativa al objeto eje de esta investigación, resultan pertinentes mencionarlos como referentes conceptuales del principio de selección objetiva. Para el año 2010, el Alto Tribunal, desarrolló la sentencia número **66001-23-31-000-1999-00040-01(19349)**, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, (Radicado 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349), Mauricio Fajardo Gómez, 2009), la cual, si bien no trató de un contrato de obra pública, hace alusión a una contratación directa para la construcción del “Coliseo de Belén de Umbría”- Departamento de Risaralda, señalando que, la ausencia de las propuestas conllevó a declarar desierta la licitación pública y escoger al contratista de forma directa. Ahora bien, dentro del análisis de la demanda se menciona de manera concreta el principio de *selección objetiva*, y se señala que, la selección de los oferentes a través de la licitación pública, concurso de méritos o contratación directa, debe estar ceñida a los principios de transparencia, publicidad, igualdad, moralidad e imparcialidad consagrados en la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), y por tal razón, las entidades estatales se encuentran en el deber de consultar y respetar los principios orientadores de la función pública, cumpliendo los procedimientos establecidos por la ley; así las cosas, el principio de selección objetiva es un garante para la buena marcha que rigen los postulados de los contratos estatales.

Posteriormente para el año 2011, se encuentra la sentencia del Consejo de Estado número **73001-23-000-1997-05941-01 (18338)**, con ponencia de la Consejera Olga Melida Valle de la Hoz (Radicado 73001-23-000-1997-05941-01 (18338), Olga Melida Valle de la Hoz, 2011), la cual se refirió a la nulidad interpuesta en contra de la Resolución número 290 de julio de 1997, por medio de la cual, el Gobernador del Departamento del Tolima, ordenó contratar directamente la construcción de obras de arte, base y pavimento al encontrar desierta la licitación pública DTST No.003 de 1997. En este caso, el Alto Tribunal analizó de manera general el *principio de selección objetiva*, señalando que, aun cuando exista una contratación directa, la entidad debe tener en consideración los parámetros para establecer la favorabilidad de acuerdo a los factores de escogencia tales como, el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, precios y una ponderación precisa y determinada en el pliego de condiciones, , impidiendo que la administración tenga cualquier clase de motivación subjetiva que evite garantizar el cumplimiento del interés general. de acuerdo con los fines previstos en la contratación estatal. Así las cosas, la Sala concluyó que, cuando se declare desierta la licitación por la falta de concurrencia de los oferentes, la administración puede adjudicar el contrato al oferente único, siempre que, su oferta sea favorable al objeto del contrato, y se ajuste a los criterios, fines y exigencias establecidos en el pliego de condiciones

Para el año 2012 se analiza la sentencia **25000-23-26-000-1997-04175-01 (19932)**, con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez del Consejo de Estado (Radicado 25000-23-26-000-1997-04175-01 (19932), Mauricio Fajardo Gómez, 2012), la cual si bien no se refiere a un *contrato de obra pública*, es pertinente mencionarla, dado que en ella se abordan los principios de transparencia y selección objetiva. El caso trató de un Concurso de

Méritos, dentro del cual, el demandante solicitó la nulidad de la Resolución 6004 del 27 de noviembre de 1996, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, el cual adjudicó el Concurso de Méritos 004 de 1996. Su solicitud se basó en que, el INPEC ordenó la apertura del concurso público No. 004 de 1996, cuyo objeto era contratar la interventoría técnica y contable de las obras para la nueva cárcel del Distrito Judicial de Girardot (Cundinamarca), dentro de la cual la Sociedad Gutiérrez Díaz S en C, presentó su propuesta en el término estipulado y acreditando que el Director de la Interventoría tenía una experiencia mayor de treinta años, lo que la entidad no tuvo en cuenta, desconociéndole al demandante las observaciones sobre el puntaje de experiencia, y por consiguiente, adjudicándole el contrato a la U.T. INTERDISEÑOS LTDA.-MAX OJEDA.

Así las cosas, el Tribunal desarrolló de manera concreta los principios de transparencia y selección objetiva, en el proceso de adjudicación, señalando en primer lugar que la transparencia ha sido una constante preocupación del legislador al momento de expedir leyes, puesto que, éste principio, debe estar ceñido al cumplimiento del buen ejercicio de la administración pública y propende por que se cumpla el proceso de selección objetiva, garantizando así, el interés general y los fines esenciales del estado. En cuanto al principio de selección objetiva, debe estar sujeto al servicio del interés general y a los fines esenciales del Estado, por lo que, la entidad debe tener en cuenta la oferta más favorable, la ponderación detallada y concreta de los factores de escogencia, tales como la experiencia, organización, equipos, precio contenidos en el pliego de condiciones, a fin de garantizar un procedimiento objetivo y transparente, evitando favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas y quebrando así el principio de igualdad y de imparcialidad.

En este caso la Sala resolvió, que si bien, la entidad tuvo en cuenta la experiencia acreditada por la Sociedad Gutiérrez Díaz S en C, esta no altero el orden de elegibilidad de las ofertas contempladas en el acta de evaluación, ya que el INPEC garantizó de manera objetiva y transparente la adjudicación del contrato de acuerdo con los factores de escogencia. Finalmente, la Sala negó la nulidad de la Resolución No. 6004, al encontrar que, las ofertas presentadas no desplazaron la elegibilidad de la U.T. INTERDISEÑOS LTDA.- MAX OJEDA, ya que, su oferta era la más favorable para el desarrollo de la interventoría técnica y contable de las obras para la nueva cárcel del Distrito Judicial de Girardot.

Más adelante, para el año 2013, el Consejo de Estado expidió la sentencia con radicado **15-001-23-31-000-1996-06610-01(21492)**, (Radicado15001-23-31-000-1996-06610-01 (21492), Danilo Rojas Betancourth (E), 2013). Se trató de una demanda interpuesta por la Sociedad Apuestas Suamox Ltda, en la cual se solicitó la nulidad de la Resolución No. 1669 del 2 de octubre de 1996, emanada por la Lotería de Boyacá, mediante la cual, se adjudicó la licitación pública No. 002 de 1996 a William Caro Cristancho, para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes. Así las cosas, la Sociedad Apuestas Suamox relató que, participó en la licitación pública 002 de 199 y que no fue adjudicataria, porque se le desconocieron los procedimientos establecidos en la ley y en el pliego de condiciones, al no tener en cuenta la entidad la determinación y ponderación de los factores objetivos que garantizan la transparencia en la selección del contratista y evaluando la oferta del señor William Caro Cristancho, por fuera de las condiciones consagradas en el pliego de condiciones, ya que este no acreditó la capacidad financiera exigida dentro de mismo.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado analizó la importancia del pliego de condiciones en la licitación pública, así como, el carácter vinculante del mismo y las

consecuencias de su desconocimiento; por lo que expuso que, para garantizar la transparencia y la selección objetiva dentro de la licitación pública, debe ser necesaria la elaboración del pliego de condiciones, a fin de que se defina de forma clara, justa y completa los criterios para seleccionar la oferta más favorable, así como, los derechos y obligaciones de las partes dentro del proceso de la licitación pública, y que por tal razón, la evaluación, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas deben estar sujetas a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley, garantizando los principios rectores de la contratación estatal y el buen desarrollo de la función administrativa, la cual está obligada a respetar los criterios de selección consagrados en el pliego de condiciones, con el fin de elegir aquella oferta que se ajuste a todos los punto exigidos por la entidad.

Así las cosas, la Sala señala que el pliego de condiciones es un acto administrativo que debe respetar las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras de los oferentes, con el fin de garantizar la igualdad de los proponentes. Por tal razón, el Alto Tribunal señaló que no existe el vicio alegado por la Sociedad Apuestas Suamox Ltda, en cuanto el pliego de condiciones exigía acreditar la inscripción del oferente en la Cámara de Comercio junto con la propuesta, dentro del término establecido para presentar las ofertas y hasta antes del cierre de la licitación, y por lo que, el proponente si cumplió con lo requerido en el pliego con anterioridad al cierre de la licitación. De otro lado, en lo que respecta a la capacidad financiera del señor William Caro Cristancho, éste presentó las declaraciones de renta y los documentos financieros de conformidad con lo exigido en el pliego de condiciones y sobre el cual, la entidad respetó y valoró las fórmulas de rangos establecidos dentro pliego, dando como resultado, que el adjudicatario obtuvo el mayor puntaje entre los proponentes.

La Sala concluyó, que las pretensiones fundadas por el demandante no son prosperas, ya que la entidad, Lotería de Boyacá, si aplicó los criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones, sin ninguna consideración de índole personal, al adjudicar de forma transparente y objetiva de acuerdo a los intereses requeridos por la administración.

Posteriormente, para el año 2014, se encuentra la sentencia del Consejo de Estado, con radicado **25000-23-26-000-1997-15154-01(26333)** (Radicado25000-23-26-000-1997-15154-01(26333), Olga Melida Valle De La Hoz, 2014), si bien, esta demanda no trató de la adjudicación de un *contrato de obra*, si hace alusión a la adjudicación para la elaboración de diseños de una obra pública. Así las cosas, este caso se trató de una demanda instaurada por el Consorcio Consultoría S.A- Tahal Limitada, la cual solicitó la declaración de nulidad de la Resolución No.064 del 30 de mayo de 1997, por la que se adjudicó el contrato No. 003-96, para la ejecución de los estudios y diseños del plan maestro de alcantarillado del municipio de Maicao- Departamento de la Guajira. Fundamentando su demanda, en que, el Fondo Financiero de proyectos de Desarrollo (FONADE), habría desconocido el numeral 4.8 de los Términos de Referencia del Concurso Público de Méritos No 003-96, dentro del cual especificaba que se daría una calificación de 100 puntos en la oferta, al proponente que presentara el certificado de conformidad con la Norma NTC-ISO 9001, 9002 o 9003, siempre que este certificado fuera valido mediante consulta a INCONTEC; así las cosas, en el informe de evaluación de las propuestas presentadas, se le otorgó al demandante un puntaje menor frente al de los demás proponentes, por lo que, en audiencia pública se le reclamó a FONADE por la omisión del certificado durante la etapa de estudios, a lo que la entidad no dio respuesta alguna durante el desarrollo de la audiencia, adjudicándole el contrato al señor Gerardo Gaeth Lemos, mediante Resolución No.064 de 1997.

Ahora bien, el problema jurídico de este caso se basó en precisar, si FONADE desconoció el numeral 4.8 de los Términos de Referencia del concurso público, toda vez que, la presentación, contenido y evaluación de las propuestas, son de suma importancia para garantizar los principios de igualdad y transparencia, evitando así cualquier evento discriminatorio por parte de la entidad al momento de seleccionar la oferta más favorable. Así las cosas, la Sala señala que, para los contratos estatales, la escogencia del contratista, se tendrá en consideración a la buena fe y la igualdad, así como, los fines y principios de la contratación estatal; y que, por lo tanto, en cualquier concurso público o licitación pública se destaca el deber de selección objetiva, evitando que la administración favorezca el interés particular, sobre el interés general. Además, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que, durante la etapa precontractual, el principio de igualdad debe estar reflejado en el pliego de condiciones a fin de que se eviten tratos discriminatorios o se otorguen ventajas respecto de los oferentes; así como es deber de la entidad aplicar estrictamente los criterios de evaluación y ponderación establecidos en el procedimiento administrativo de la selección contractual, como también dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios para asegurar la escogencia de la propuesta más favorable para la administración.

La Sala concluyó que el Consorcio Consultoría S.A- Tahal Limitada, no reunía los presupuestos exigidos por FONADE, al no tener el certificado de INCONTEC, por lo que, la entidad no podía otorgarle los 100 puntos estipulados, adicionalmente, señala que al demandante no se le vulneró la regla prevista en el numeral 4.8 de los Términos de Referencia del concurso público y no se alteró el orden de elegibilidad de los proponentes contemplado en el acta de evaluación, ya que la entidad respetó los criterios objetivos de selección y

ponderación, garantizando de esta manera los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, para la adjudicación del contrato. Por lo que, no se presentó causal de nulidad de la decisión administrativa tomada por FONADE bajo Resolución No. 064.

Seguidamente para el año 2015, la sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado **25000-23-26-000-2004-00333-01(34713)**, con ponencia de la Consejera Olga Melida Valle de la Hoz (Radicado 25000-23-26-000-2004-00333-01 (34713), Olga Melida Valle de la Hoz, 2015). En este caso, el demandante Pablo Emilio Bocarejo Ingenieros Consultores CIA. S. en C.S, solicitó declarar la nulidad absoluta del Contrato 025 de 2002, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la firma Consultoría Colombiana S.A. En razón a lo anterior, el demandante argumentó que mediante Resolución 2608 del 23 de octubre 2001, el IDU ordenó la apertura del concurso público para la adecuación de la troncal de TransMilenio de la Calle 13, y que de acuerdo con lo contenido en el pliego de condiciones los proponentes debían acreditar la experiencia sin ninguna imprecisión, desviación o error que impidieran la posibilidad de comparación bajo los requisitos de la selección objetiva. Así las cosas, la oferta presentada por Pablo Emilio Bocarejo Ingenieros Consultores CIA. S. en C.S, al relacionar la acreditación de la experiencia no precisó la fecha de cada factura; por lo que, una vez aclarada la oferta dentro de la fase evaluativa y de habilitación, esta propuesta fue rechazada por la entidad, al señalar que esta no se ajustó a las observaciones del informe de evaluación y por tal razón, el contrato le fue adjudicado a la Consultora Colombiana S.A, quien obtuvo el menor puntaje dentro de los factores de calificación de la licitación pública.

El Consejo de Estado, analizó y desarrolló la aclaración de las ofertas en la contratación estatal, señalando que los elementos fundamentales que gobiernan el Estatuto

Contractual (Ley 80, 1993), son la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y el estricto cumplimiento del pliego de condiciones, como mecanismos que garantizan el previo agotamiento de un proceso de selección, el cual es ley, tanto para la administración, como para los proponentes; es así como, la entidad tiene la carga de buscar la claridad respecto de los aspectos dudosos que surja durante la evaluación de las ofertas y por cuanto los proponentes tienen el derecho dentro de la fase de evaluación a aclarar sus ofertas para lograr una participación efectiva en los procesos de selección, siempre que estén sujetos a cada uno de los requisitos contenidos en el pliego de condiciones.

En este orden de ideas, la Sala consideró, que, si bien se concedió el término para que el proponente aclarara su propuesta, éste no cumplió con lo exigido, mientras que otros proponentes si acreditaron la experiencia requerida en el pliego de condiciones. Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado hace referencia al artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), haciendo alusión al principio de transparencia, y como la administración debe garantizar la imparcialidad, respetando a su vez el principio de igualdad de los oferentes en el estricto cumplimiento del pliego de condiciones, para bien del interés general. Así las cosas, finalmente la Sala concluyó, que la administración si cumplió y garantizó los criterios de selección establecidos dentro del pliego de condiciones y que, por tal razón, no se presentó la causal de nulidad del Contrato 025 de 2002, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la firma Consultoría Colombiana S.A., por lo que, no se presentó causal de nulidad de la decisión administrativa tomada por FONADE bajo Resolución No. 064.

Por otra parte, la sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera del año 2016 con radicado **25000-23-26-000-1997-13542-01(30312)**, con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero, (Radicado 25000-23-26-000-1997-13542-01(30312), Ramiro Pazos

Guerrero, 2016), pretendió la nulidad de la Resolución No. 883 del 17 de octubre de 1996, expedida por la Secretaria de Hacienda del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, toda vez que, dentro del proceso de selección, el actor consideró que su ofrecimiento era el más favorable y que la calificación de los oferentes se hizo en contravía del principio de *selección objetiva* y de los requisitos contenidos en el pliego de condiciones.

El actor fundamenta sus pretensiones indicando que el día 18 de julio de 1996 mediante Resolución No. 591, la Secretaria de Hacienda del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, realizó la apertura de la licitación pública, con el fin de seleccionar la mejor oferta para la remodelación de baños e instalaciones hidráulicas y sanitarias para el centro administrativo. El contrato fue adjudicado al Consorcio Constructora Argo Ltda-Constructora la Calleja Ltda, mediante Resolución No. 883, a la que el demandante se opuso, por no cumplir lo requerido dentro del pliego de condiciones y no acreditar su experiencia, manifestando que la evaluación de la oferta del adjudicatario contenía graves errores, en la planeación y organización, por lo que la entidad adjudicó la oferta desconociendo el principio de selección objetiva. En este caso, la Sala analizó y señaló que la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), estableció los principios que rigen la actividad contractual del Estado, siendo el principio de la *selección objetiva* un pilar fundamental para el buen desarrollo de la función administrativa, y que además, categoriza al pliego de condiciones en un mandato obligatorio para los oferentes y la administración, permitiendo garantizar de forma clara y precisa la selección del contratista. Es así como, el Consejo de Estado señala que no existe una violación al principio de selección objetiva, ya que, la adjudicación del contrato estatal no presentó irregularidades como lo indica el actor, en razón a que, la entidad evaluó y verificó las condiciones de cada uno de los proponentes, considerando que el Consorcio Constructora

Argo Ltda- Constructora la Calleja Ltda, fue la propuesta que cumplió con los requerimientos hechos por la Entidad, además, el adjudicatario acreditó su experticia, y expuso su programación y organización en su propuesta para la ejecución de la obra, cumpliendo con los requisitos y exigencias contenidas en el pliego de condiciones. Por lo que, bajo los argumentos expuestos el Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda.

Otro pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el tema objeto de estudio, se hace en el año 2017, con radicado **11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)** (Radicado 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476),Jaime Enrique Rodriguez Navas, 2017). Al respecto, es oportuno precisar que, si bien el caso no se refiere de manera concreta al tema objeto de estudio, la Sala precisó aspectos referidos a los factores de escogencia con relación al principio de *selección objetiva*. En este caso, el ciudadano Zamir Alonso Bermeo García solicitó la nulidad de la expresión “*los elementos de calidad*”, contenida en el artículo 12 numeral 3 acápites a. y b. del Decreto 2474 del 7 de julio de 2008 (Decreto 2474 del 2008), por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), y la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007), sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva. Si bien, el demandante se refiriere a la expresión de los “*elementos de calidad*” contenida en el Decreto 2474 de 2008 (Decreto 2474 del 2008), al considerar que dicha expresión, iba en contravía del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007, artículo 5,numeral 2), al tener únicamente en cuenta los factores técnicos y económicos de la escogencia que resulte más beneficiosa, sin tener en cuenta la ponderación de los “*elementos de calidad*”, siendo este un elemento esencial para la escogencia del ofrecimiento más favorable.

El Consejo de Estado señaló que, aunque el Decreto 2474 de 2008 (Decreto 2474 del 2008), fue derogado en su integridad por el Decreto 734 de 2012 (Decreto 734 de 2012), la desaparición de la vida jurídica de las normas demandadas, no imposibilitan un pronunciamiento judicial respecto de su validez y análisis de legalidad, que permite definir si se producen efectos invalidantes desde su nacimiento. Así las cosas, la Sala argumentó que, el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 12 (Decreto 2474 del 2008, artículo 12), establece los factores de ponderación de manera taxativa, al establecer los elementos de calidad en el contrato, evidenciándose así, la estrecha relación que guardan los con los factores de escogencia de la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993) y la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007). Aunado a lo anterior, la Sala determinó, que la calidad se encuentra dentro de los factores técnicos y económicos de las propuestas, los cuales deben estar exigidos en el pliego de condiciones, para permitir una ponderación precisa y detallada de los “*elementos de la calidad*”, siempre que estén asociados a todos los factores de la oferta, para garantizar el principio de selección objetiva y la escogencia de la mejor oferta.

El Consejo de Estado, concluyó que la expresión “*elementos de calidad*” contenida en el Decreto 2474 de 2008 (Decreto 2474 del 2008), no va en contravía del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007, artículo 5, numeral 2), ya que estos elementos si se encuentran contenidos dentro de los factores de escogencia, permitiendo garantizar la escogencia de la mejor propuesta que favorezca integralmente los intereses de la entidad.

Finalmente para el año 2018, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado **25000-23-26-000-2003-01082-01(38339)** (Radicado 25000-23-26-000-2003-01082-01(38339), Stella Conto Diaz del

Castillo, 2018). En este caso, el demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 2832 del 3 de abril de 2003, en la que el IDU adjudicó la Licitación pública a la Unión Temporal Metrocapital, para la construcción de la Estación de Cabecera y el patio de la troncal Américas. La Sociedad Concreto S.A sostuvo en sus pretensiones, que la entidad estatal desconoció los principios de igualdad y selección objetiva, y que, además asegura que su oferta ocupaba el primer lugar de elegibilidad por satisfacer las exigencias previstas en el pliego de condiciones de la licitación pública, al haber obtenido el mayor puntaje y ser la oferta más conveniente para la entidad estatal. El Consejo de Estado analizó la nulidad del acto de adjudicación del contrato a la luz de los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), y señaló que, en el marco normativo de la actividad contractual, los principios antes mencionados deben estar intrínsecos a las reglas objetivas, justas y claras, que permitan confeccionar los ofrecimientos, asegurando así, la escogencia del contratista para bien del interés general.

Por otro lado, la Sala manifestó, que el principio de igualdad garantiza que todos los oferentes reúnan las condiciones mínimas para participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, y que la entidad haga cumplir los derechos que tienen los oferentes al momento de aclarar aspectos confusos en las propuestas; esta posibilidad, permite a los oferentes ajustarse a los requerimiento exigidos por la administración.

En tal sentido, se estableció que existió un desconocimiento de los principios de igualdad y selección objetiva, puesto que, la entidad rechazó la oferta de la Sociedad Concreto S.A por la ausencia del certificado de representación legal, documento que no era necesario para la comparación de ofertas, y por lo que, la entidad no le otorgó la posibilidad de acreditar el documento que requería dentro de la oportunidad prevista por los numerales

7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (Ley 80, 1993), además, el no haber aportado el certificado de existencia y representación legal, no afectaba la capacidad jurídica de la persona, como requisito habilitante dentro del proceso de selección, es así como, la posibilidad de corregir o aclarar la oferta, es un derecho que tiene los oferentes, para lograr participar en el proceso de selección, garantizando el principio de igualdad y de libre concurrencia, siempre que las ofertas se ajusten a los intereses de la entidad. El Consejo de Estado, declaró nula la Resolución No. 2832, teniendo en cuenta que el IDU no respetó las normas que enmarcan los principios de igualdad y selección objetiva de la contratación estatal, al haber adjudicado el contrato de manera irregular a la Unión Temporal Metrocapital, y rechazando la oferta de la Sociedad de manera injustificada.

Del anterior análisis jurisprudencial, se concluye que, el *principio de selección objetiva* es un presupuesto fundamental, que impone el deber de escoger al proponente que cumpla con los requerimientos exigidos por la entidad ofertante, procurando de esta manera, el cumplimiento de los fines de la entidad y del interés general, a efectos de evitar cualquier aspecto de interés subjetivo para la selección del contratista, adicional a ello, este principio tiene conexión directa con el pliego de condiciones, dado que una correcta, idónea y pertinente elaboración de los últimos, dependerá la aplicación irrestricta del primero. También se resalta de las sentencias analizadas, la importancia del *principio de selección objetiva* en la contratación pública colombiana, ya que, a través de este principio se garantiza la escogencia del contratista de manera transparente y objetiva, a fin de evitar flagelos tan latentes en Colombia como la corrupción o la malversación de los recursos públicos, afectando el patrimonio público nacional, y desconociendo los fines esenciales del estado previstos constitucionalmente.

Así mismo, es importante resaltar que, la selección del contratista debe estar ceñida a los principios de igualdad, legalidad, moralidad y transparencia, los cuales, son una herramienta necesaria en el desarrollo de la actividad contractual, cuyo propósito es garantizar que la escogencia del contratista se realice de manera objetiva e imparcial a fin de escoger la oferta más favorable para la entidad, y así procurar por el buen desarrollo de la función pública.

XI. CONCLUSIONES

El problema de esta investigación consistió en describir cómo opera el principio de selección objetiva en los contratos de obra pública en Colombia; para ello, se inició con un análisis de los elementos dogmáticos del principio de selección objetiva en la contratación pública, acto seguido, se desarrolló la etapa precontractual del contrato de obra pública, bajo la modalidad de licitación pública; y finalmente, se realizó un análisis de los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema objeto de investigación.

La contratación estatal en Colombia estuvo inicialmente regulada por la normatividad del derecho privado, fue hasta el año 1959, que paulatinamente se empiezan a dar cambios en la contratación estatal, cambios que sirvieron como base e inicio para regulación del proceso licitatorio, y se estableció este proceso como obligatorio en los contratos de obra pública; a partir de este primer referente legal, el estado colombiano se ha comprometido en lograr, que la escogencia del futuro contratista del estado, se haga a la persona, natural o jurídica, más idónea para ejecutar los contratos públicos, en atención a las necesidades de las entidades y al interés general, para contribuir al cumplimiento de los fines de la administración y a la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado.

Consideramos que la selección objetiva del contratista, es indispensable para la correcta y buena marcha de la administración pública; es decir, la plena observancia del mismo, es no solo, un deber del estado en todos los niveles de la administración, sino que se enfatiza y concreta en el ejercicio de la gestión contractual de los funcionarios públicos, quienes, en desarrollo de dicha función, deben actuar, no solo en estricto cumplimiento de ley, sino, con probidad, ética de lo público y respeto por los recursos públicos. En tal sentido, sostenemos que, dentro de todo el andamiaje de la gestión pública contractual, uno de los

roles más preponderantes lo tiene el funcionario público, quien tiene la importante tarea de dar aplicación estricta e integral al principio de selección objetiva; no solo porque desde el acto de posesión jura cumplir sus funciones, la Constitución y la ley, sino también, porque actuar de tal modo, hace parte de su deber funcional como servidor público. Adicional a lo anterior, afirmamos que, la salvaguarda de este principio, combate conductas deplorables en lo público, como son, el tráfico de influencias o los actos de corrupción.

Por lo anterior, concluimos que es importante que el proceso precontractual que conlleva a la selección del futuro contratista del estado, se realice con estricta sujeción a la ley, pero sobretodo, garantizando la selección objetiva, tan necesaria en nuestra cultura de lo público, sujeta al principio de legalidad que encierra el catálogo de valores que sustentan lo público. Teniendo en cuenta lo anterior, y precisando que, la investigación consistió en determinar, como opera el principio de selección objetiva para la escogencia del contratista en los contratos de obra pública en Colombia, arribamos a las siguientes conclusiones:

❖ ***Igualdad y objetividad en la licitación pública: postulados que garantizan la escogencia objetiva del contratista***

Durante la evolución de la contratación pública en Colombia, el estado se ha ocupado, de que esta actividad pública, se inspire en dos piedras angulares muy importantes, a saber, *la igualdad y la objetividad*, así mismo, ha dado avances trascendentales en la fijación de procedimientos necesarios para cumplir con los anteriores postulados, tales como, el procedimiento licitatorio público, que establece las reglas del proceso, entre ellas, la fijación del plazo de licitación, la información sobre los servicios que el estado requiere contratar, entre otros lineamientos ya abordados en momentos anteriores.

En tal sentido, afirmamos que, el procedimiento de licitación pública, es claro, específico y preciso, ya que parte de las necesidades de la entidad, que no es otra que las necesidades públicas y el interés general; un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en 1912, año en el que se reguló por primera vez en Colombia, la licitación pública, como un procedimiento obligatorio en los contratos de obra pública; sin embargo, concluimos que, pese a las reglamentaciones que se han dado en Colombia sobre este procedimiento, las mismas, no lograron cumplir o dar soporte con eficiencia a los postulados de transparencia y legalidad, como premisas de la *igualdad y objetividad*, lo que genera un efecto contrario al propósito inherente a estos postulados, esto es, el buen funcionamiento de la administración pública.

Consideramos que, en Colombia, solo hasta el año 1993, con la expedición del estatuto general de la contratación pública, se dio un gran avance en esta materia, ya que, afirmamos que este estatuto, fortalece las reglas y principios que rigen los contratos públicos en Colombia, como herramienta clave para la ejecución de los mismos. Por lo que, concluimos, que con posterioridad al año 1993, la evolución del marco normativo dada en materia de la actividad precontractual, se inspira con mayor fuerza en los postulados de *igualdad y objetividad*, de la mano con principios necesarios para la buena marcha de la actividad contractual en la administración pública, como son la transparencia y la publicidad; marco normativo integral, que, a su vez, defiende los postulados dogmáticos dispuestos en el estatuto general de la contratación de lo público, como son, en primer lugar, los principios de la contratación, dentro los cuales se encuentra el de *selección objetiva*, ya que, garantiza la selección de la oferta más favorable de acuerdo a la necesidad de la entidad, este principio

rige todas las modalidades de selección, aplicada de manera amplia y contundente en la licitación pública.

❖ ***La estandarización de los requerimientos generadores de un orden legal en un proceso de selección objetiva:***

Afirmamos que las fases legales en la etapa precontractual, tienen un orden legal que contribuye a la adecuada, eficiente y transparente selección del contratista; estas fases a su vez, rigen el proceso de selección, el cual debe hacerse con apego a los requisitos contenidos en el pliego de condiciones, el cual debe surgir en atención a los fines que busca la entidad pública para el logro de sus cometidos misionales. Por lo que, consideramos que, dada la importancia de los pliegos de condiciones en la contratación pública en Colombia, actualmente, se están implementado los pliegos tipo, los cuales si bien, no fueron objeto de abordaje en la presente investigación, si resulta relevante su mención en el acápite de las conclusiones, en razón a que, estos, en la licitación de los contratos de obra pública, se establecen con el propósito de estandarizar los requerimientos técnicos y económicos de la entidad, para asegurar una mayor transparencia en este tipo de contratos, aspecto que, contribuye positivamente, y de manera sustancial, en el fortalecimiento del principio de selección objetiva.

❖ ***La selección objetiva presupuesto inescindible para la escogencia del contratista de acuerdo a la necesidad de la entidad:***

Afirmamos que el Consejo de Estado ha recalcado que la selección objetiva es un presupuesto fundamental para la selección del futuro contratista, el cual, está regido, entre otras actuaciones igual de importantes, al pliego de condiciones, y este a su vez, se elabora

de acuerdo a las necesidades que busca la entidad, dado que, de su correcta elaboración, dependerá la escogencia del contratista, seleccionando al proponente que mejor cumpla con los requisitos exigidos por la entidad ofertante. De acuerdo a las sentencias analizadas, concluimos que, el Consejo de Estado reiteró en todos sus pronunciamientos, que la selección objetiva debe ceñirse a los factores de ponderación establecidos en el pliego de condiciones, para garantizar la escogencia de la oferta más favorable, de acuerdo a la necesidad que tiene la entidad.

Es por todo lo anterior, que concluimos del desarrollo de la presente investigación, que el principio de selección objetiva, es un elemento esencial en la selección del contratista, en aras de garantizar la *igualdad y objetividad*, intrínsecas con la transparencia y publicidad en la contratación pública, además afirmamos que, la correcta aplicación de este principio, permite que la entidad, en desarrollo de la gestión contractual, garantice los principios rectores de la contratación estatal, ligados a la función pública; concluimos entonces, que la selección objetiva, permite garantizar y fortalecer la actividad precontractual, al estar sujeta al cumplimiento de las actuaciones administrativas, y al correcto ejercicio de la función pública; ello lo sostenemos, dado que Colombia es un Estado Social de derecho, regido por el principio de *responsabilidad* en las actuaciones administrativas, y en ese sentido, afirmamos que, la responsabilidad impone que los servidores públicos cumplan sus funciones, regidos por el principio de moralidad administrativa, que va de la mano con el concepto inescindible de la *ética en lo público*, ya que si ésta, no se aplica en el ejercicio de la función pública, se desvía el cumplimiento del interés general al favorecimiento y a la afectación del patrimonio público.

Por lo que cerramos nuestra investigación, concluyendo que, en los contratos de obra pública, la selección objetiva es un elemento fundamental en el ejercicio de lo público, que obliga a los servidores públicos actúen con estricta sujeción a la Constitución y a la ley, así mismo contribuye a la escogencia del contratista más idóneo a evitar el tráfico de influencias y atacar el flagelo de la corrupción. Es así como la selección objetiva se encuentra presente en todos los ámbitos de esta actividad contractual, la cual inicia desde que la entidad, tiene una necesidad efectiva, y actúa en consecuencia con ello, y a su vez, está latente en la elaboración de documentos previos, como la elaboración del pliego de condiciones, hasta la adjudicación del contrato.

XV. BIBLIOGRAFIA

- Milton Jojani Miranda Medina: La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana
- Claudia Jiménez, Oscar Javier Ortiz Arteaga, Julián Andrés Álvarez: Propuesta para el fortalecimiento de la gestión municipal a través de la elaboración del manual de contratación de mínima cuantía para Puerto concordia meta
- Ricardo Blanco y Milton Gómez: Eficiencias normativas que se presentan en las audiencias de incumplimiento celebradas por la gobernación de Boyacá durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 y el año 2016.
- Molina López y Roa. Manual de contratación Pública para contratos de obra e infraestructura vial (invias –idu-umv)
- Sonia Edith Gómez Rodríguez: Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción.
- Andrés Mutis: Los contratos del estado en la Ley 80 de 1993
- Milton Jojani Miranda Medina: La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla.
- Gren fieth de J. Cadena sierra: Los contratos estatales en la unión europea: la experiencia franco-alemana
- Juan Manuel Charry Ureña: Red cultural del banco de la república.
- Fernando Hinestrosa: Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano
- Miguel ángel Carbónela Sánchez: Boletín mexicano de derecho comparado- UNAM
- Mauricio Fernando Rodríguez: Los contratos estatales en Colombia
- Juan Expósito: La regla o el principio de la selección pública colombiana
- Luis Diez Picazo: Temis revista de derecho
- Pedro Felipe Correa Bonivento: La autonomía privada y la voluntad frente a los contratos de derecho privado
- Hans Kelsen: Teoría pura del derecho
- Marienhoff: De la responsabilidad contractual pos contractual en un contrato de obra
- Leonardo Bohórquez Y Mario Camacho: El contrato de concesión
- Oscar Muñoz Ovidio: Comité evaluador y el informe de evaluación en los contratos de obra Pública
- Constitución Política de Colombia.
- Ley 104 de 1892
- Ley 110 de 1912
- Ley 150 de 1976
- Decreto extraordinario 2880 de 1959
- Decreto 222 de 1983
- Constitución Política de 1886

- Ley 84 de 1873
- Decreto 1082 del 2015
- Decreto 2474 del 2008
- Decreto 734 del 2012

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
Consejero ponente: Myriam Guerrero de Escobar
Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008)
Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)
Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A
Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil doce (2010)
Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C
Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz
Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil doce (2011)
Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05941-01(18338)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A
Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012)
Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01 (19932)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth (E)
Bogotá, D. C, treinta (30) de enero dos mil trece (2013)
Radicación número: 15-001-23-31-000-1996-06610-01(21492)

- CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz
Bogotá, D. C, nueve (9) de julio dos mil catorce (2014)
Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333)
 - CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz
Bogotá, D. C, diez (10) de agosto dos mil quince (2015)
Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00333-01(34713)
 - CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero
Bogotá, D. C, treinta y uno (31) de mayo dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13542-01(30312)
 - CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Nava
Bogotá, D. C, quince (15) de mayo dos mil dieciséis (2017)
Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)
 - CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Consejero ponente: Stella Conto Diaz del Castillo
Bogotá, D. C, dieciséis (16) de agosto dos mil dieciocho (2018)
Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01082-01(38339)
-