
El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal*

The principle of proportionality and the enabling requirements in state contracting

Francisco Javier Solís Enríquez**

Universidad Libre. Bogotá D.C.

franciscojavier_solis@hotmail.com

RESUMEN

El deber de selección objetiva como regla en la formación de los contratos estatales, exige que se formulen por parte de la autoridad administrativa unas condiciones habilitantes de manera proporcional al objeto a contratar y a su valor. El principio de proporcionalidad, y su construcción jurisprudencial y doctrinaria, es un elemento fundamental para evitar que la relativa discrecionalidad, que se ha conferido para el establecimiento de tales requisitos habilitantes, sea permeada por la arbitrariedad de suerte que se sacrifique la finalidad del deber de selección objetiva, que en este caso consiste en que quienes ostenten las condiciones mínimas necesarias para la provisión de los bienes y servicios requeridos puedan participar en el proceso de selección.

Palabras clave: Contratación estatal, selección objetiva, selección de contratistas, requisitos habilitantes, discrecionalidad, proporcionalidad, ponderación.

ABSTRACT

The duty of objective selection as a rule in the formation of state contracts, requires the administrative authority to formulate enabling conditions in proportion to the object to be engaged and its value. The principle of proportionality, and its jurisprudential and doctrinal construction, is a key element to prevent the relative discretion, which has been granted for the establishment of such enabling requirements, to be permeated by the arbitrariness, therefore it is sacrificed the purpose of duty of objective selection, which in this case is that those who hold the minimum conditions necessary for the provision of goods and services required are able to participate in the selection process.

Key-words: State contracting, objective selection, selection of contractors, enabling requirements, discretion, proportionality, weight.

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2015

* Artículo de reflexión resultado del proyecto de investigación concluido: “*La selección objetiva y los factores de evaluación en la contratación estatal*”. La investigación y la monografía resultado de ella, se presentó en coautoría con la abogada Nereida Idalia Pantoja Montezuma para optar al título de magister en derecho administrativo de la Universidad Libre de Colombia.

** Abogado Universidad INCCA de Colombia. Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Al tratarse de la elaboración del pliego de condiciones y con ello del establecimiento de los requisitos habilitantes, el ordenamiento jurídico ha conferido a las entidades estatales la atribución de elaborar las bases del proceso de selección teniendo en cuenta el objeto a contratar y los requerimientos de idoneidad, para lo cual gozan de una relativa discrecionalidad. Es en dicho escenario en el que entra a operar el principio de proporcionalidad, pues permite verificar y hacer un correcto uso de tales facultades, que no están instituidas para el capricho administrativo, sino para un adecuado margen de maniobra por parte de las autoridades públicas para la adopción de la decisión que más se ajuste o convenga al interés al público y a la finalidad para la cual ha sido establecida.

El principio de proporcionalidad habrá de orientar el criterio de la entidad, de suerte que los requerimientos habilitantes para los proponentes no lesionen indebidamente los principios de igualdad y libre concurrencia, por virtud de los cuales las personas con capacidad legal para contratar ostentan la aptitud genérica para hacer ofrecimientos y contratar con el Estado. En las líneas que siguen se presentarán los hallazgos sobre la materia, en relación a los límites para el establecimiento de requisitos habilitantes por virtud del principio de proporcionalidad.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 teniendo como antecedente la vigencia y aplicación de la Ley 80 de 1993 se contraponen dos metodologías de selección de contratistas en su momento diseñadas en función de la transparencia y la selección objetiva. Para efectos de la investigación sobre este particular, el problema se concretó en determinar cuáles son los parámetros y límites para el establecimiento de requisitos habilitantes en el pliego de condiciones, a propósito de la distinción

entre requisitos habilitantes y factores de comparación, en función de la eficacia que las nuevas normas puedan aportar a la transparencia en la selección de contratistas.

2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En cuanto a la estrategia metodológica, para el examen de eficacia de las normas jurídicas, en la investigación se utilizó el método socio-jurídico. Se hizo uso del método analítico-deductivo para examinar las fuentes escritas de información, especialmente el material bibliográfico; y el comparativo, ya que se enfrentaron las regulaciones anteriores con la actual, a efectos de medir la eficacia y contribuciones para superar estados problemáticos identificados en la materia.

3. LOS RESULTADOS, HALLAZGOS Y EL NUEVO CONOCIMIENTO

3.1 Aspectos teóricos del principio de proporcionalidad

El profesor Alexy (2008a) enseña que cuando dos principios colisionan, uno de ellos debe ceder ante el otro, primando el de mayor peso, expresándose en la “ley de la colisión”, según la cual el conflicto de principios debe solucionarse mediante una ponderación de intereses contrapuestos, y se debe establecer cuál de los intereses que tienen el mismo rango en abstracto posee mayor peso en el caso concreto (p. 72). Señala además que el principio de proporcionalidad está integrado por los sub-principios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (pp. 91-92). Los sub-principios de idoneidad y necesidad se desarrollan como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y el de proporcionalidad en sentido estricto se desarrolla como mandato de optimización con relación a las posibilidades jurídicas (pp. 92-93).

De estos tres sub-principios, el autor hace hincapié en el de proporcionalidad en sentido

estricto, señalando que este es el campo de la ponderación, que consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación”, que se puede formular de la siguiente manera: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2008b, p. 351). Y señala que la ponderación se desarrolla en tres pasos, así: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, 2) definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y 3) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro (p. 351).

Si bien las tesis del profesor Alexy se expresan en relación a la actividad legislativa frente al ordenamiento constitucional, ello no es impedimento para que sean aplicables a la actividad administrativa restrictiva de derechos fundamentales en ejercicio de potestades discrecionales, pues se presenta una adecuada compatibilidad. Y es respecto del derecho administrativo que el profesor Sarmiento (2007) enseña que si este principio es utilizado como control último se debe a su vinculación con los juicios de justicia, aquellos supuestos de clara irrazonabilidad en que el acto o reglamento no tiene sentido alguno, pero su contenido no resulta subsumible en las normas escritas (p. 64). En relación al control de proporcionalidad señala que en sus tres test pondera los intereses del afectado y los fines perseguidos por la medida pública (p. 77). Sobre la contratación estatal, manifiesta: “los contratos administrativos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad, específicamente en lo que afecta a los requisitos para ser contratista y los contenidos de la relación contractual” (p. 69), y que el principio de proporcionalidad es el mecanismo de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración (p. 102).

Para efecto del control de proporcionalidad, el mismo autor pone de presente lo que denomina *triple test de proporcionalidad*, que se trata de

un conjunto de juicios acumulativos que actúan con carácter eliminatorio, es decir, si el primer test una vez aplicado resulta superado, se pasa al segundo y, por último, el tercero; y por el contrario, si un test aplicado en su orden, no se supera por constatarse una lesión, finaliza la realización del juicio de proporcionalidad sin ser necesario aplicar el test subsiguiente, pues se habría establecido que el acto objeto de control es desproporcionado (p. 167).

Como lo ha señalado el profesor Alexy (2008a, p. 530), el principio de proporcionalidad tiene sus contradictores, entre los más destacados se encuentra Habermas (2000), quien al referirse a la ponderación expresa que esta se realiza

o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado [y que] como los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, tampoco es de mucha utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto R. Alexy (p.332).

Sin embargo, como es propio de la actividad operativa de las normas jurídicas, no puede esperarse que el resultado de esta sea uno equiparable al que ofrecen las matemáticas, mediante las cuales, si bien puede haber una gran variedad de caminos para llegar al resultado, el correcto es uno solo, razón por la cual se dice frecuentemente que las matemáticas son exactas. En la aplicación y materialización de las normas, sean estas reglas o principios, lo exigible es un adecuado nivel de racionalidad. Lo contrario sería desconocer que la ciencia jurídica con el paso del tiempo da como resultado diferentes ópticas sobre una misma materia, originando el replanteamiento de tesis vigentes, que motivan variaciones en la doctrina y la jurisprudencia, así como reformas normativas de distinto orden.

Es preferible contar con un método de argumentación para alcanzar un adecuado nivel de

racionalidad en la toma de decisiones o para su control, que carecer de él, dejando todo el espacio a la arbitrariedad del operador jurídico, como lo ha manifestado la Corte Constitucional al señalar la necesidad de contar con un método objetivo que permita establecer la proporción o desproporción de los actos jurídicos¹, necesidad que se ha suplido con la metodología que propone el principio de proporcionalidad, según lo anota en la sentencia C-720/07. La Corte Constitucional ha aceptado el principio de proporcionalidad como instrumento de control de los actos jurídicos estatales.

En la sentencia C-022/96 la Corte, al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, reconoció la aplicación de la ley de la colisión planteada por Alexy, al expresar en relación con el derecho a la igualdad, que

los conflictos en que entra en juego el derecho a la igualdad muestran que las normas que lo consagran pueden ser tratadas como *principios*, esto es, son normas cuya aplicación en un caso concreto depende de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan (ap. 6.3.2).

¹ Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-916/02 señaló:

La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático (ap. 8).

Se establece además que el concepto de proporcionalidad

sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado (ap. 6.3.3).

En este caso la Corte, haciendo una variación del lenguaje en relación a las tesis de Alexy, se refiere al principio de proporcionalidad como “concepto”. Ello trae como consecuencia que, siguiendo la misma línea de lenguaje, señale que “el concepto de proporcionalidad”, comprende tres *conceptos parciales*, a saber: 1) *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, 2) *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin y 3) *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin. Esencialmente, se trata de los sub-principios que llevan el mismo nombre de acuerdo a las tesis de Alexy.

La naturaleza, elementos o sub-principios del principio de proporcionalidad han sido objeto de reiteración jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-1410/00, C-421/02, C-916/02, T-391/03, C-872/03, C-822/05, y C-544/07.

En la sentencia C-226/02 la Corte Constitucional estableció que el principio de proporcionalidad es de estirpe constitucional y que se deduce de los siguientes artículos de la Carta: 1.- Estado social de derecho, principio de dignidad humana, 2.- principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5.- reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, 6.- responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas, 11.- prohibición de la pena de muerte, 12.- prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 13.- principio de

igualdad y 214.- proporcionalidad de las medidas excepcionales. Esta deducción normativa fue reiterada en la sentencia C-822/05.

Posteriormente, en la sentencia C-916/02 se precisó sobre el mismo principio que “[su] fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.)”, con lo que se redujo el acervo normativo, limitándolo a los principios fundamentales previstos en el título primero, que integran la parte dogmática de la Constitución Política. Adicionalmente, en la sentencia C-205/03 señaló que el principio de proporcionalidad es de rango constitucional y emana del principio de Estado Social de Derecho y del respeto por la dignidad humana.

En la sentencia C-872/03 la Corte estableció que el principio de proporcionalidad tiene dos supuestos concretos: 1) *formal*, que consiste en que toda medida limitativa de un derecho fundamental, se encuentre prevista en la Ley, lo que asegura su legitimidad democrática y previsibilidad de la actuación de los poderes públicos; y 2) *material*, que

Introduce en el enjuiciamiento de las intromisiones del Estado en la esfera de los derechos fundamentales los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos (ap. 6.2.1.2).

En la sentencia C-916/02 la Corte expresó que el principio de proporcionalidad tiene un rango de acción que abarca la totalidad de la actividad estatal;

[de] las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efecti-

vidad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona (ap. 8);

que como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: 1) la prohibición de exceso, es decir, como limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales y 2) la prohibición de defecto, es decir, respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Sobre la ponderación, en la misma providencia se establece que es el método de aplicación del principio de proporcionalidad, existiendo entre estas instituciones una relación conceptual, pues la proporcionalidad es establecida mediante la ponderación,

Puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto (ap. 8).

Finalmente, señala en abstracto que son variados los métodos de ponderación, de acuerdo a la materia de que se trate, citando como ejemplo el caso del análisis de proporcionalidad en una medida policiva “la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos” (ap. 8), y cuando se hace un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales, del otro.

En la sentencia C-720/07 la Corte Constitucional señaló que el principio de proporcionalidad parte de la base de que el Estado solo puede

restringir los derechos fundamentales siempre que medien razones constitucionales suficientes y públicas para justificar la decisión, pues en el Estado Constitucional de Derecho el poder público no es el titular de los derechos, sino que existe esencialmente para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas. Se recuerda además que la jurisprudencia de la Corte ha delineado algunos parámetros sobre la intensidad de las exigencias del principio de proporcionalidad, poniendo de presente la existencia de tres niveles de intensidad establecidos en la sentencia C-673/01, según la cual estos son: leve, intermedio y estricto. En dicha providencia, estos niveles de intensidad se explican de la siguiente manera:

De acuerdo al *test leve*, “basta con que la medida persiga un fin legítimo (o no prohibido por la Constitución) y que resulte idónea para alcanzar el fin propuesto para que, en principio, la misma supere el juicio de proporcionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-720, 2007, párr. 33, nota al pie 15, y siguientes citas hasta que se indique lo contrario). Este nivel de intensidad se aplica cuando se evalúan medidas que versan sobre las siguientes materias o estén en las siguientes circunstancias:

- 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un *test leve*; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

De acuerdo al *test intermedio*, “no sólo se requiere que el fin sea legítimo sino además constitucionalmente importante, en tanto la medida enjuiciada promueve intereses públicos

que gozan de protección constitucional”. El medio además de adecuado deberá ser efectivamente conducente a alcanzar el fin perseguido por la norma sometida a control judicial, y la medida no deberá ser “evidentemente desproporcionada en términos del peso ponderado del bien constitucional perseguido respecto del bien constitucional sacrificado”. Este nivel de intensidad se aplica cuando se trata de medidas que se encuentren en las siguientes circunstancias: “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”.

De acuerdo al *test estricto*,

No sólo se exige que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.

Se debe aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, aunque se precisa que de acuerdo a este, “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma”. Este nivel de intensidad se aplica en las siguientes circunstancias:

- 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida *prima facie* afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

De otro lado, el Consejo de Estado, con menor frecuencia que la Corte Constitucional, ha emitido juicios fundados en el principio de proporcionalidad, y más concretamente en la ponderación. Lo hizo en la sentencia del 17 de junio de 2001 dictada en el proceso AP-0166 al resolver en apelación una acción popular por unas obras de construcción de un estadio de fútbol. Entre el cargo de violación de derechos colectivos se alegó el de moralidad administrativa, por lo que desarrolló algunas ideas sobre la moralidad administrativa y la función administrativa de planificación, reconociendo que esta última constituye una actividad de carácter discrecional de la administración; y sobre la ponderación afirmó que es un mecanismo de aplicación normativa al que se recurre cuando no es posible aplicar el silogismo por carecer las normas de fórmula condicional. En el caso de la función administrativa de planificación se reconoce el compromiso de principios que, por el alto contenido de discrecionalidad en las decisiones, exige por parte de la Administración la aplicación del procedimiento de ponderación antes de tomar las decisiones.

Posteriormente, en la sentencia del 13 de noviembre de 2008 dictada en el proceso 17009 recordó que el principio de proporcionalidad se encuentra dispuesto en el ordenamiento jurídico positivo colombiano, de acuerdo al texto del art. 36 del Código Contencioso Administrativo. En dicha providencia reseñó con fundamento en lo expuesto por D. Sarmiento —de lo que hace cita *in extenso*— que el principio de proporcionalidad en las actuaciones administrativas ha sido establecido como principio de acción y como control de proporcionalidad; con lo que concluye:

- i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio

de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

El principio de proporcionalidad, entonces, servirá como parámetro para el establecimiento de medidas restrictivas de derechos o intereses de cuya titularidad gocen los particulares, administrados o cualquier otro destinatario de la autoridad del Estado, en las diferentes categorías de su actividad, ya sea a nivel legislativo, judicial o administrativo, cuya fuente de competencia este orientada al ejercicio de facultades discrecionales. Constituye, además, un mecanismo de control de la actividad discrecional, de manera que se ponga freno a la arbitrariedad. Se deberá aplicar el *test* de proporcionalidad, en su orden, partiendo de un análisis de adecuación, luego de necesidad y, finalmente, de proporcionalidad en sentido estricto, por medio del método de la ponderación; de suerte que en caso de que uno de los *test* resulte insatisfactorio, se proceda a dar por no superado el *test* de proporcionalidad a nivel general.

En las líneas siguientes se plantearán algunas ideas en torno al principio de proporcionalidad aplicado a los requisitos habilitantes en el marco de la actividad contractual de la Administración, que se concreta en la selección de contratistas.

3.2 Aplicación en los requisitos habilitantes

3.2.1 Consideraciones generales

De acuerdo a las prescripciones del artículo 5° de la Ley 1150 de la 2007, lo que se procura es que los requisitos habilitantes sean los mínimos necesarios que deben revestir al proponente para que sea tenido como idóneo, es decir, que pueda presumirse que está en condiciones de cumplir con la ejecución del objeto contractual sometido al procedimiento de selección. Tal normativa eliminaría las restricciones a la participación bajo el planteamiento de mejores condiciones

para el cumplimiento del contrato y, en su lugar, promueve el establecimiento de condiciones necesarias para dicho cumplimiento, a la vez que facilita el acceso a la contratación estatal a grupos o sujetos empresariales que venían siendo discriminados con exigencias desbordadas que favorecían a las empresas más grandes.

Sin embargo, en este punto la reforma ha encontrado contradictores en la doctrina nacional, como ha hecho ver Palacio (2008), quien manifiesta sobre los requisitos habilitantes que “no pueden ser objeto de evaluación, lo cual es una desventaja para la selección idónea del contratista debido a que la experiencia es uno de los factores que acreditan la idoneidad de un contratista en la ejecución de determinado objeto” (p. 126). En criterio de ese autor, siendo la experiencia uno de los factores que indican la idoneidad de un proponente para ejecutar un contrato, debió dejarse como factor de ponderación de la oferta (p. 127). Es decir, no se comparte la filosofía de concentrar la habilitación en las condiciones de idoneidad del proponente y la comparación en las ventajas de la propuesta recibida, entendida como el ofrecimiento de prestaciones a favor de la entidad.

En el ámbito de lo expreso en el mandato del numeral 1 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en cuanto a que la exigencia de las condiciones habilitantes debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, el legislador ha incurrido en una imprecisión conceptual al haber distinguido las ideas de adecuación de la proporcionalidad, pues como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia han construido una teoría del principio de proporcionalidad, entre cuya estructura se encuentra el sub-principio de adecuación o idoneidad; y por ello, no puede deslindarse la adecuación de la proporcionalidad. En adelante, a esa exigencia del legislador se le dará simplemente el tratamiento de proporcionalidad como principio, entendiendo que tiene ínsita la adecuación.

La práctica contractual de las entidades públicas ha demostrado que no pocas veces, so pretexto de esa relativa discrecionalidad que asiste a las autoridades públicas, se hacen exigencias que rayan en la arbitrariedad en perjuicio no solo de la legalidad, sino de los derechos de los administrados. En concreto, la aplicación del principio de proporcionalidad para el caso del establecimiento de requisitos habilitantes, exige a su vez la aplicación de los sub-principios previamente identificados de acuerdo a los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia; es decir: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

El deber de selección objetiva tiene la naturaleza de un concepto jurídico indeterminado que se materializa, entre otros aspectos, con la formulación de la metodología de la evaluación de las propuestas, esto es, mediante el establecimiento de requisitos habilitantes y criterios de selección; dicha atribución se ejerce con una relativa discrecionalidad, y en todo caso con la orientación del principio de proporcionalidad que tiene como fuente positiva lo dispuesto en el art. 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo². Sobre el particular, además, la Corte Constitucional en la sentencia SU-713/06 señaló que el Estado a través de sus entidades estatales, al elaborar los pliegos de condiciones “evalúa discrecionalmente la conveniencia, idoneidad, suficiencia y proporcionalidad de los requisitos habilitantes y de los factores de selección en ellos previstos, con el propósito de satisfacer el interés público que subyace en los fines de la contratación estatal” (ap. 17).

Con razón, en la misma providencia, la Corte al referirse a la facultad legal de las entidades

² El art. 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es del siguiente tenor: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

públicas de autorregular sus propios intereses a través de la elaboración de los pliegos de condiciones, señaló:

Dichos preceptos normativos se inspiran en reglas mínimas de razonabilidad y proporcionalidad destinadas no sólo a garantizar la vigencia de parámetros éticos como la lealtad y honestidad, sino también instituidas para preservar, entre otros, los principios de transparencia, responsabilidad, economía, concurrencia e igualdad de los ciudadanos en el acceso a los beneficios públicos (ap. 17).

La Corte, en esta oportunidad, pone de presente una circunstancia que no puede pasarse por alto en la actividad contractual del Estado: que mediante ella los particulares acceden a los negocios jurídico-económicos que son fuente de riqueza y que, por tanto, es necesario al Estado garantizar la libre competencia económica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política.

3.2.2 Sub-principio de idoneidad o adecuación

El sub-principio de idoneidad —o adecuación— se aplicará a través de sus dos elementos, es decir: 1) un fin constitucionalmente legítimo y 2) la idoneidad para favorecer su obtención. Sobre el primero, dado que la atribución de legitimidad constitucional ha sido establecida en el contexto del control constitucional de las leyes y la protección constitucional de los derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales, en el contexto de este estudio, cuyo ámbito es el público administrativo en donde las entidades públicas en ejercicio de sus competencias contractuales expiden disposiciones que afectan los derechos e intereses de los administrados, lo adecuado será referirse al *fin jurídicamente legítimo*, pues la finalidad de la atribución de establecimiento de requisitos habilitantes deviene de disposiciones de diferente rango o estirpe, por lo que es necesario ubicar un concepto que sea adecuadamente incluyente.

El fin jurídicamente legítimo del establecimiento de requisitos habilitantes, como lo señala Sarmiento (2007), sobre el sometimiento a un fin en la decisión administrativa, que la búsqueda debe realizarse en el título legal que contempla la atribución, donde suele hallarse bajo el término de “orientaciones”, “objetivos” o “finalidades” (pp. 143-144). Sin embargo, en sentido amplio, el fin de la medida no debe entenderse limitada a las disposiciones con rango de Ley en sentido formal, esto es, las expedidas por el legislador, sino más bien debe vincularse al principio de legalidad, lo que implica el respeto por las normas de orden superior independientemente de su rango. El autor expresa, además, que los fines de la atribución para el establecimiento de las medidas, que suponen una intervención en los derechos e intereses particulares, pueden ser explícitos, implícitos y subsidiarios (p. 144); siendo explícitos aquellos que se pueden verificar expresamente en el texto de las normas jurídicas, los implícitos los verificables por medio de la interpretación y el fin subsidiario es el *interés general*, que actúa como cláusula supletoria frente a los vacíos sobre finalidades especiales o concretas y, además, como cláusula de cierre del sistema jurídico basado en las atribuciones legales (p. 146).

La Corte Constitucional en la sentencia C-713/09 ha reconocido que el cumplimiento del interés general es el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho, y que el cumplimiento de los fines del Estado concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. El fin subsidiario del interés general en el ámbito de la función pública en Colombia surge expresamente del contenido del artículo 1º de la Constitución Política, que implanta un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, entre otros aspectos, fundada en la prevalencia del interés general. Adicionalmente, en la contratación estatal el interés general, como finalidad de la actuación,

se proyecta a partir del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, en cuanto a que

al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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.

La facultad —y fin jurídicamente legítimo— del establecimiento de requisitos habilitantes no tiene en la Ley que la establece una función expresa o verificable en el texto normativo. Surge, más bien, de la interpretación de las disposiciones del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Dicha norma inicia con la definición de lo que se entiende por selección objetiva, en los siguientes términos:

[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 (inciso 1°).

Luego continúa con los criterios para el establecimiento de los factores de escogencia y de calificación, que en el caso de los requisitos habilitantes señala:

[la] capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo³. La exigencia de tales

³ El numeral 4 del art. 5° de la Ley 1150 de 2007 es del siguiente tenor:

En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de

condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor (art. 5).

Las exigencias de requisitos habilitantes según se lee en la exposición de motivos del proyecto de Ley número 20 de 2005 Senado —que se convirtiera en la Ley 1150 de 2007— obedece a la finalidad de “cerrar puertas falsas usadas a veces para afectar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. De esta forma, regula los requisitos mínimos para participar en los procesos de selección” (Pretelt de la Vega y Gallego Henao). Se trata entonces de que se haga exigencias mínimas y suficientes de idoneidad para el cumplimiento del contrato por parte de los proponentes y el futuro contratista, y a partir de ello se produzca la escogencia del proponente que hubiese presentado la oferta más favorable para la satisfacción de la necesidad identificada por la entidad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-713/09 señaló que el principio de libertad de concurrencia como expresión del derecho de igualdad de oportunidades, garantiza la participación en los procesos de selección a quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. Sin embargo, este derecho no es absoluto en la medida en que el ordenamiento jurídico, en aras del interés público, impone ciertas limitaciones con el propósito de asegurar la capacidad jurídica, las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cumplimiento del contrato; pero, como lo establece la Corte en la misma providencia, no es admisible que en el pliego de condiciones se incluyan cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley,

puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan

experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

De esta manera, el principio de libertad de concurrencia encuentra limitaciones en el proceso de selección, pero, en todo caso, tales limitaciones deben responder a la razonabilidad y proporcionalidad.

Del inciso 1° y del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 puede extraerse que la finalidad de la potestad de las entidades públicas de establecimiento de los requisitos habilitantes, a cuyo cumplimiento deben sujetarse los interesados en el proceso de selección correspondiente, no es otra cosa más que quienes realmente tienen las condiciones mínimas de idoneidad o capacidad para el cumplimiento o satisfacción de la necesidad de la entidad, por medio de la ejecución contractual, puedan participar en el proceso de selección correspondiente sin más limitaciones que las propias en relación con el objeto a contratar y a su valor. De esta manera, según se expresó en los antecedentes de la Ley 1150 de 2007, se busca seleccionar la mejor oferta, no al mejor proponente, pues esas condiciones mínimas carecen de comparación para la selección y adjudicación del contrato, en contraste de lo que ocurría de antaño en vigencia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En lo que corresponde a la idoneidad de los medios para alcanzar el fin jurídicamente legítimo, debe acudirse exclusivamente a los factores señalados por el legislador en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, pues expresamente se ha dispuesto que los requisitos habilitantes se reducen a los aspectos jurídicos, experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes. En ese sentido, no habría dificultad para agotar y superar el test de adecuación o idoneidad del principio de proporcionalidad si la Entidad contratante, a fin de establecer los requisitos mínimos de participación, los

concentra en aspectos que correspondan a la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

3.2.3 Sub-principio de necesidad o de la medida menos restrictiva

En cuanto al sub-principio de necesidad —o de la medida menos restrictiva— se deberá estudiar las diferentes alternativas entre las medidas que resultan idóneas para el cumplimiento del fin de la facultad, con el propósito de aplicar la que resulte viable y menos restrictiva de los principios y/o derechos comprometidos de parte de los particulares.

Tratándose de requisitos habilitantes, siendo estos los taxativamente señalados en la Ley como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, organización y capacidad financiera, habrá de tenerse en cuenta cada uno de estos factores, desde sus diferentes expresiones o manifestaciones, a fin de determinar de entre las posibilidades adecuadas para conseguir el fin normativo, cuál es la menos restrictiva. Ello ocurre en el caso de la capacidad financiera que, pudiendo evaluarse o verificarse mediante diversos indicadores, puede dar lugar a alternativas frente a algunas exigencias que puedan restringir la participación, como es el caso de los cupos de crédito que representan disponibilidad de recursos de crédito para generar liquidez en un momento determinado: serían innecesarios en relación con los indicadores de liquidez verificables según los estados financieros, como lo son la razón corriente y el capital de trabajo.

La capacidad jurídica, sin embargo, no es susceptible de valoración desde el principio de proporcionalidad, pues su cumplimiento debe hacerse estrictamente de acuerdo a los parámetros de la Ley, no pudiendo desarrollarse el test de proporcionalidad en cuanto a la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, pues sus exigencias son absolutas y no ponderables mediante diversos grados de cumplimiento.

3.2.4 Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto

El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene como propósito ponderar la importancia de los derechos e intereses afectados con el establecimiento de requisitos habilitantes, frente a la importancia de realización del fin perseguido con la disposición, mediante la cual se intervienen tales derechos e intereses, a efecto de determinar el equilibrio entre estos dos extremos. Para llevar a cabo el estudio de la proporcionalidad en sentido estricto en el caso concreto es útil seguir los pasos que propone Bernal (2008): 1) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención; 2) comparar dichas magnitudes a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y 3) construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin normativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso (p. 765).

El primer paso de la ponderación, es decir, *determinar las magnitudes que deben ser ponderadas*, exige verificar el peso relacional del derecho y el principio que sustenta la intervención por medio de dos variables: el peso abstracto y el peso concreto. Bernal, sobre estas dos variables, formula dos reglas así: 1) Peso abstracto: “Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación” (p. 766) y 2) peso concreto: “cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación” (p. 766).

En el deber de selección objetiva, concretado en el establecimiento de requisitos habilitantes, deben adaptarse las anteriores reglas formuladas en el marco del control constitucional de las leyes. Lo adecuado sería, entonces, en cuanto al peso abstracto, que este se evalúe en el plano de la constitución y de las leyes. En este aspecto, como en líneas atrás se anotó, la Corte Constitucional en la sentencia C-713/09 ha reconocido que el derecho fundamental comprometido en la restricción a la participación en la contratación estatal, mediante las condiciones habilitantes, es el de igualdad, que se expresa en la libertad de concurrencia. Además, tratándose de la afectación del goce de derechos fundamentales, la misma corporación ha establecido que se debe aplicar un *test estricto* de proporcionalidad, lo que concuerda con lo señalado por Bernal (2008) en cuanto a que los derechos fundamentales disfrutan de una carga argumentativa a su favor (p. 767).

En la medida en que, en abstracto, todas las personas de manera individual o colectivamente —mediante la conformación de proponentes plurales— están en capacidad de participar en la contratación estatal haciendo sus ofrecimientos, al establecer requisitos habilitantes se limita esa capacidad. En consecuencia, se introducen restricciones o discriminaciones que, por supuesto, están autorizadas por la Constitución y la Ley. Se trata entonces de una afectación a un derecho fundamental que reviste la mayor importancia en los derechos y libertades de las personas, cuya garantía en la Constitución, incluso, se ha estructurado en función de la acción de tutela como el mecanismo judicial más efectivo.

Por otro lado, en cuanto al principio que funda la medida restrictiva del derecho fundamental, corresponde al *interés general*, como se ha señalado en la sentencia C-713/09 de la Corte Constitucional, siendo este un fin subsidiario en el ámbito de la función pública que se encuentra dispuesto en el artículo 1º de la Constitución, y tiene como propósito, en la contratación

estatal, “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”, según esta señalado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Será, en consecuencia, el derecho fundamental a la igualdad el que, al ser restringido de manera absoluta respecto de ciertos sujetos, pues se les negaría el derecho abstracto a participar en la contratación estatal con sus ofrecimientos, tendrá el mayor peso frente a la medida que tiene como propósito garantizar el interés general a través del establecimiento de requisitos habilitantes que obran como filtro de aspirantes o candidatos al contrato sometido al proceso de selección. La medida que en este caso será una condición mínima habilitante, si bien es legítima porque así lo ha dispuesto la Ley y se funda en un principio constitucional —el interés general—, deberá ser imperiosa, en cuanto no pueda ser reemplazada por otra menos restrictiva al derecho fundamental y sus beneficios deben ser superiores a tal restricción. En este estudio, resulta imposible valorar el peso de la medida, pues ello solo es posible en concreto.

En cuanto al segundo paso —esto es: comparar dichas magnitudes a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención normativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental— consiste esencialmente en comparar si el establecimiento de los requisitos habilitantes, por su importancia, prevalece sobre la intervención del derecho fundamental a la igualdad. Ciertamente, este es un tema que no suscita mayor discusión, pues si bien todas las personas, por virtud del derecho a la igualdad, como se ha mencionado, son titulares de la aptitud genérica de participar en la contratación estatal con sus ofrecimientos a fin de acceder a los beneficios económicos que los contratos estatales llevan implícitos, no por ello queda anulada la necesidad de establecer condiciones

mínimas de participación para los proponentes, en orden a garantizar el oportuno y adecuado cumplimiento del contrato futuro que, además, tiene como propósito el cumplimiento del interés general por medio de la prestación del servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional en la sentencia C-400/99, en relación al artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que contenía el concepto del deber de selección objetiva, mediante el cual se establecía los criterios de selección de la propuesta más favorable, entre ellos las condiciones personales del proponente, señaló que “la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias, no resultaría suficientemente garantista del interés general, y podría, incluso, clasificarse de negligente”, y que tener en cuenta tales condiciones de idoneidad en la selección, no la hace subjetiva o discriminatoria, pues la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos.

Y en la misma sentencia señaló, además, que el trato diferenciado consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes está plenamente justificado por las siguientes razones: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías que otros, dados sus antecedentes profesionales; b) el trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente; y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general. Y concluye afirmando: “Dar el mismo trato jurídico en la asignación de las responsabilidades colectivas a sujetos distintamente capacitados, y con méritos dispares, implica un desconocimiento de ese aspecto de la igualdad que se llama proporcionalidad” (ap. 4.2).

El tercer paso, por su parte —esto es, construir una relación de precedencia condicionada entre

el derecho fundamental y el fin normativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso—, corresponde realmente a la ponderación en sentido estricto, es decir, a la comparación del grado de intensidad de la intervención del derecho fundamental y el grado de realización del principio constitucional que fundamenta la norma que se controla. Se trata de una comparación de un caso en concreto, por lo cual no es posible formular reglas generales de relación de precedencia, pues esta es condicionada en la medida en que se determina respecto de las dos magnitudes, esto es, el derecho fundamental y el principio constitucional que concurren, cuál de los dos prevalece sobre el otro en un caso determinado de acuerdo a sus características, precedencia que no resulta aplicable a un caso con características diferentes.

Para llevar a cabo este tercer paso, debe tenerse en cuenta la regla según la cual cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor o por lo menos equivalente tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención. En la materia de estudio, dicha regla se aplicará teniendo en cuenta que, cuanto mayor sea el grado de intensidad en la intervención del derecho fundamental a la igualdad expresado en la libertad de concurrencia, tanto mayor o al menos equivalente deberá ser el grado de intensidad de la realización del interés general por medio del establecimiento de requisitos habilitantes o mínimos de participación.

Tratándose de la restricción o afectación a un derecho fundamental, el *test* de ponderación es estricto y, por tanto, la medida objeto de evaluación debe ser imperiosa y no está en posición de ser reemplazada por otra medida, además de que los beneficios a conseguir con la medida en el interés general deben ser superiores a la restricción del derecho. Las condiciones habilitantes o requisitos de idoneidad se encuen-

tran dispuestas taxativamente en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, siendo estas la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes. En cuanto a la capacidad jurídica, no hay lugar a la ponderación en sentido estricto, pues no se trata de requisitos que se puedan cumplir o dejar de cumplir, pues el ordenamiento jurídico los impone como condición para obligarse frente al Estado en el marco de la contratación estatal.

Sobre las condiciones de experiencia, por su parte, sea general, específica o relacionada, habrá de establecerse si la exigencia habilitante, que debe ser la mínima necesaria, encuentra equivalencia con las necesidades que la experticia para el desarrollo del contrato requiere. Lo natural y obvio es que quien ha desarrollado o cumplido con una prestación u objeto contractual de las mismas características que la entidad debe llevar a cabo y que somete al proceso de selección esté en condiciones de participar, siendo desproporcionado que se exija una mayor experiencia a la equivalente. Pero, incluso, una firma proponente con experiencia inferior a la equivalente podría estar en condiciones de ejecutar el objeto contractual correspondiente, debido a que en determinados casos las condiciones profesionales o de experticia no se requieren de manera considerable, como cuando se trata de prestaciones contractuales no complejas, para las cuales la formación profesional previa puede otorgar la competencia necesaria, con lo que se podría menguar la experiencia equivalente.

En cuanto a la capacidad financiera, no puede hacerse en todos los casos una ponderación directamente relacional con el objeto a contratar y su valor, pues algunos indicadores financieros ponen de presente la salud financiera de la empresa, que se evalúa a su interior. Tales indicadores usualmente aplicados en la contratación estatal como la liquidez, el endeudamiento, etc., excepto el capital de trabajo, no pueden establecerse en relación directa con las necesi-

dades financieras del contrato, sino de acuerdo a parámetros externos que reflejan el estado ideal del sector productivo al cual se encuentra vinculado el proponente y a los esquemas mentales del analista, que esencialmente responden a criterios generales trazados por los expertos en la materia contable. Sin embargo, si con la exigencia habilitante se desbordan esas condiciones de salud financiera normales, la medida sería desproporcionada a menos que la entidad justifique, con la debida carga argumentativa concreta, que la magnitud de las exigencias son indispensables para el futuro contrato, de suerte que sin estas no puede garantizarse el interés general concretado en la necesidad de contar con contratistas que ostenten las condiciones mínimas de idoneidad para una adecuada y pronta satisfacción de las necesidades a que el contrato está orientado.

El capital de trabajo, sin embargo, como razón financiera, puede establecerse en relación a las necesidades de solvencia para enfrentar las erogaciones que demandará el cumplimiento del contrato. Para el efecto, se tendrá en cuenta el presupuesto oficial o el valor de la propuesta, que sería lo más adecuado, y se podrá hacer una relación directa en términos cuantitativos de lo que el contratista requerirá para enfrentar la obligación que adquiere con la suscripción del contrato. Cuando se excede el valor del flujo de recursos que requerirá el contratista para cumplir con el contrato, la medida será desproporcionada, y sacrificará innecesariamente el derecho fundamental a la igualdad, pues la finalidad que la medida pretende cumplir es inferior al sacrificio del derecho comprometido.

La organización en Colombia, por su parte, con la multiplicidad de reformas normativas y su corta duración, ha sido diseñada con las características de indicadores financieros, evaluando la capacidad para producir utilidades o dividendos como resultado de las operaciones empresariales. Al margen de las diferencias sobre el tratamiento de este factor, que podría

considerar otros matices, como la capacidad técnica, para hacer la valoración del caso bajo la ponderación, se pueden tener en cuenta los mismos argumentos expuestos para la capacidad financiera en las líneas que anteceden.

3.3 Reflexiones sobre la eficacia de la Ley 1150 de 2007

La eficacia de la reforma a la Ley 80 de 1993, en cuanto a las reglas de selección de contratistas, depende principalmente de sus contribuciones a superar los vicios de ilegalidad del proceso de selección por desviación de poder. El proyecto de ley No. 20 de 2005, Senado, que luego se convirtiera en la Ley 1150 de 2007, en lo referente a la selección de contratistas señala en su exposición de motivos que este consiste en la modificación al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública “con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción” (Gaceta del Congreso, p. 7).

Para el efecto y con el propósito de conseguir dicha eficiencia y la transparencia, se reformuló el contenido del deber de selección objetiva de manera que la evaluación de las ofertas se concentrara en sus condiciones técnicas y económicas y las condiciones de los proponentes fueran simplemente habilitantes, con lo que se buscó evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, o el diseño del proceso de contratación a la medida de proponentes determinados. La corrupción en la estructuración de procesos de contratación se ve concretada en la desviación de poder en el establecimiento de requisitos habilitantes y factores de escogencia.

La producción de normas jurídicas o creación del derecho implica la regulación de la conducta o de los hechos de una sociedad, por tanto, las normas

jurídicas son el reflejo de ella. En consecuencia, las disposiciones normativas serán eficaces en la medida en que se adapten al comportamiento cultural de los miembros de una sociedad. Así pues, unas mismas normas pueden ser eficaces en una sociedad e ineficaces en otra, dependiendo de los estándares de comportamiento de cada una de ellas. Ciertamente, la expedición de leyes es una contribución importante a la resolución del problema, pero no es suficiente.

Esa realidad ha sido expuesta por la Sociedad Colombiana de Ingenieros (2011), al señalar que el problema de la corrupción no se soluciona con las leyes sino con un cambio de la conducta humana, pues afirma que en Colombia tenemos un grave problema de actitud, principios, buenas costumbres, sensibilidad social, honradez y ética. En referencia al entonces proyecto de Estatuto Anticorrupción se señaló que no trataba el punto neurálgico relacionado con la selección objetiva del contratista. Se reconoció que los procesos oscuros de contratación, los pagos de sobornos y extorsiones eran, y son hoy, la regla y no la excepción. Se plantea, entonces, que el problema debe empezar a combatirse con la educación mediante programas a largo plazo, que generen un cambio cultural, y que se inicien desde las primeras etapas de la vida, prolongándose hasta los más altos grados académicos.

Debido a que las normas diseñadas para la objetividad en la selección de contratistas están encaminadas a evitar el accionar de la corrupción, y la corrupción en esta materia consiste en el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados (Transparency International), no serán eficaces de manera autónoma y solitaria, pues la corrupción tiene la capacidad de adaptarse a las nuevas normas. Si bien es imperativo expedir normas de acuerdo a la realidad nacional, también es absolutamente necesario adoptar mecanismos de diversa índole para mejorar los estándares morales de la sociedad, así como fortalecer los mecanismos de sanción moral a las autoridades,

funcionarios y particulares que incurran en actos de corrupción, pues la sanción moral puede ser más contundente para ese propósito que las sanciones jurídicas.

La Ley 1150 de 2007 que ha sido expedida con el objetivo de frenar la corrupción, o dicho en sus propias palabras, introducir medidas para la transparencia en la gestión contractual, ha sido insuficiente, pues las formas de corrupción se han adaptado a las nuevas normas. Debido a que la corrupción es una expresión del fuero interno, de la conciencia o de los estándares morales de las personas, la reforma objeto de estudio e incluso las normas futuras que se expidan sobre la misma materia deben acompañarse de educación en valores, moral; y, además, con la mayor promoción y fortalecimiento de las veedurías y participación social, para la producción de sanciones morales por parte de la sociedad frente a la corrupción.

Si bien es cierto que la corrupción en la contratación estatal no es algo nuevo, frecuentemente se conoce de su ocurrencia con posterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, siendo una muestra palpable de que, a pesar de los esfuerzos por ponerle un freno, no se ha tenido éxito. La adaptación de la corrupción a las nuevas normas de selección objetiva de los contratistas y el direccionamiento de los contratos se hace al establecer los requisitos habilitantes —que, de acuerdo al espíritu de la Ley, deben ser las condiciones mínimas necesarias para la ejecución de los contratos— en condiciones no proporcionadas, sino a la medida de algunos proponentes con el propósito de limitar la participación reduciéndola injustamente. Se ha desdibujado una vez más el deber de selección objetiva, al exceder los límites de lo proporcional y adecuado, cuyo mandato se encuentra establecido hoy en el art. 5 de Ley 1150 de 2007.

De la práctica contractual de las entidades públicas se observa que no existe uniformidad, o al menos un parámetro en las condiciones

habilitantes, conforme a las condiciones normativas existentes en vigencia del art. 29 de la Ley 80 de 1993 en relación a la vigencia del art. 5 de la Ley 1150 de 2007. La diferencia esencialmente ha sido que otrora algunas de las hoy condiciones simplemente habilitantes se trataban con carácter mixto, como condiciones mínimas de participación, de un lado, y, de otro, ponderando aquellos valores que excedían esos mínimos. Se ha eliminado simplemente la posibilidad de calificar aspectos como la experiencia y capacidad financiera —con excepción de algunos contratos donde es admisible, como las consultorías— pero se sigue encontrando restricciones indebidas.

No se puede negar, sin embargo, que la limitación impuesta por la Ley a las condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización, para que no fuesen ponderadas sino simplemente habilitantes, han sido útiles para obstaculizar el direccionamiento de los contratos. Empero, como se ha reclamado en algunas oportunidades, es necesario que se establezcan pliegos de condiciones estandarizados, y en lo que corresponde a las condiciones habilitantes, se diseñe una metodología o parámetros para establecer las condiciones mínimas de participación en experiencia, capacidad financiera y organización. Hoy, en cuanto estas condiciones mínimas se establecen bajo los parámetros de proporcionalidad y adecuación, siendo estos conceptos jurídicos indeterminados, llevan ínsitos una potestad discrecional relativa que facilita la arbitrariedad en la formulación de las reglas de participación de los futuros proponentes en la contratación estatal.

Ciertamente, establecer la metodología antes señalada requiere un esfuerzo técnico considerable, y seguramente no sería aplicable o adecuada para las grandes contrataciones, pero para la inmensa mayoría de aquellas que no tiene mayor complejidad y cuantías moderadas sería muy útil. Así como ha sido posible calificar estos aspectos de la idoneidad de los proponentes

a efecto de establecer la capacidad máxima de contratación en el RUP —cuando dicho mecanismo estuvo vigente— es posible que se diseñe igualmente una metodología obligatoria para que las entidades públicas la apliquen en la confección de los pliegos de condiciones, lo que implicaría una medida de protección y promoción de la libre competencia económica, cuyo mandato deviene de la Constitución Política (art. 333).

CONCLUSIONES

La selección objetiva es un mandato ineludible, cuyo incumplimiento genera responsabilidad para quien sea su trasgresor. La selección objetiva es, además, un concepto jurídico indeterminado que para su operación en la práctica administrativa requiere de precisiones concretas que se llevan a cabo en ejercicio de una facultad discrecional. El concepto de selección objetiva se ha establecido en torno al deber de escogencia de la propuesta más favorable a los intereses de la entidad. Para determinar la favorabilidad de las propuestas es necesario comprender que la evaluación de las propuestas debe llevarse a cabo, de un lado, con la verificación de las condiciones habilitantes y, de otro, mediante la comparación de las propuestas.

El principio de proporcionalidad —de elaboración jurisprudencial y doctrinaria— es un instrumento metodológico para el establecimiento de los requisitos habilitantes y un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad en el marco de las facultades discrecionales, como es el caso de la confección del pliego de condiciones, y en concreto en la exigencia de requisitos de participación en los procesos de selección de contratistas. Se lleva a cabo a través del test de proporcionalidad y de la ponderación, mediante la cual se hace un balance entre dos magnitudes en conflicto, es decir, entre los intereses de la administración y los derechos e intereses de los administrados.

Tratándose de la selección de contratistas, el test de *adecuación* se agota con verificar que los requisitos habilitantes establecidos correspondan a aquellas categorías señaladas en la Ley, es decir, en el art. 5° de la Ley 1150 de 2007 que menciona los aspectos jurídicos, la experiencia, la capacidad financiera y de organización de los proponentes. El test de *necesidad* se superará si, de entre las variadas opciones adecuadas para establecerse como requisitos habilitantes, se establece la que menos sacrificios signifique para los intereses de los administrados.

Con respecto al test de *proporcionalidad en sentido estricto* o la ponderación, dado que el establecimiento de requisitos habilitantes connota una restricción al derecho fundamental a la igualdad y a la libre concurrencia, debe practicarse un test estricto de proporcionalidad, según el cual la medida debe ser legítima, imperiosa, y los beneficios deben ser superiores a la restricción. En segundo lugar, deben compararse las magnitudes en conflicto a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención normativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental. En tercer lugar, debe hacerse, además, la comparación de las magnitudes en conflicto, es decir, determinar si el establecimiento de los requisitos habilitantes por su importancia prevalece sobre la intervención del derecho fundamental a la igualdad; en otras palabras, se debe construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin normativo, siendo esto una comparación del grado de intensidad de la intervención del derecho fundamental y el grado de realización del principio constitucional que fundamenta la norma que se controla.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2008a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2008b). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal, C. (2008). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Colombia. Congreso de la República, Constitución Política de Colombia. Julio 6 de 1991.

Colombia. Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993.

Colombia. Congreso de la República. Proyecto de Ley. Gaceta del Congreso. Rama Legislativa del Poder Público, 14(458). Agosto 1 de 2005.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia exp: AP 0166. Junio 17 de 2001.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 17009. Noviembre 13 de 2008.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-1410 de 2000.

Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001.

- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 2002.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-421 de 2002.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2003.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia SU-713 de 2006.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 2007.
- Colombia. Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2007.
- Pretelt de la Vega, S y Gallego Henao, A. U. (2005). *Exposición de motivos*. Recuperado de www.notinet.com.co/pedidos/39522.doc
- Habermas, J. (2000). *Facticidad y validez*. Madrid, España: Trotta.
- Palacio, J. A. (2008). *La transparencia en la contratación del Estado*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Sarmiento, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sociedad Colombiana de Ingenieros. (9 de Mayo de 2011). *Comunicado de prensa*. Recuperado de http://www.sci.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=285:el-problema-de-la-corrupcion-no-se-combate-con-leyes-sino-con-un-cambio-en-la-conducta-ciudadana&catid=43:inicio&Itemid=114 [julio 31, 2014]
- Transparency International. (s.f.). *¿Que es la corrupción?* Recuperado de <http://www.transparenciacolombia.org.co/LACORRUPCION/tabid/62/language/es-ES/Default.aspx> [julio 31, 2014]