

**Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la Contratación Estatal****Jorge Iván Villamizar Gómez, Jonathan Leonardo Delgado Neira, & Cristian Felipe Bayona**

Especialización Derecho Administrativo

**RESUMEN**

La licitación pública debe ser analizada desde dos aspectos: respecto del Estado, busca conseguir que el contrato se realice de modo que la administración pública tenga las posibilidades de acierto en la operación en lo referente al cumplimiento del contrato, la calidad de la prestación en la entrega de cosas o realización de trabajos o servicios y el tiempo destinado para su ejecución, logrando las mejores condiciones económicas. Con relación a los administrados, el procedimiento debe buscar garantía para los particulares que desean contratar con el Estado, lo cual conlleva a "igualdad" entre los administrados, evitando beneficio de unos y perjuicio de otros, soslayando preferencias e injusticias. Las entidades estatales se caracterizan por su discrecionalidad en la estructuración de los procesos contractuales, no existen procesos estandarizados, debido a que los funcionarios responsables de la licitación, gozan de autonomía para diseñar los requisitos licitatorios, que, en la mayoría de casos, ponen en riesgo el alcance constitucional de los fines del Estado y de los planes de desarrollo.

Se identificó en este artículo de carácter científico, que las fuentes formales del derecho administrativo, existen limitaciones a la aplicación de los principios en los diferentes procedimientos de contratación estatal en Colombia. Se aplicó metodología diagnóstica exploratoria, con el fin de llegar a la comprensión del problema a resolver, así mismo la información fue recolectada de manera selectiva hasta llegar al registro de los resultados obtenidos.

**Palabras Clave**

Concurrencia, contratación pública, discreción, principios de contratación, fines estatales.

**ABSTRACT**

Competitive bidding should be analyzed from two aspects: from the state, wants the proposed contract is made so that the public administration has chances of success in the operation in relation to the performance of the contract, the quality of provision in the delivery of goods or performance of work or services and the time allocated for execution, achieving the best economic conditions. With regard to managed, the procedure should seek security for individuals wishing to contract with the state, which leads to "equality" between managed, avoiding benefit of some and the detriment of others, sidestepping preferences and injustices. State entities are characterized by their discretion in structuring contractual processes, there are no standardized processes, because the officials responsible for the bidding, enjoy autonomy to design the bidding requirements, which, in most cases, put in risk the constitutional scope of the state's objectives and development plans.

It was identified in this article scientific, that formal sources of administrative law, there are limitations to the application of the principles in the different government contracting procedures in Colombia. Exploratory diagnostic methodology was applied in order to arrive at

an understanding of the problem to solve, likewise the information was collected selectively until the recording of the results obtained.

Key words

Concurrency, government procurement, discretion, principles of recruitment, State purposes

## **INTRODUCCIÓN**

Los requisitos para la estructuración y presentación de ofertas, para la participación de proponentes dentro del proceso de la contratación estatal, se encuentra bajo la discrecionalidad que gozan los funcionarios responsables de la contratación. Estos requisitos se establecen basados en su "buen criterio" y en lo que resulte más conveniente para la administración.

Cabe resaltar que el fin de la contratación estatal está asociado con el cumplimiento del interés general como lo consagra la Constitución Política en los artículos 2 y 209. Y es que, a través de esta actividad, el Estado hace efectivo el cumplimiento de sus fines constitucionales y deberes públicos.

Se dice que "el objeto del contrato estatal deberá tener una relación por lo menos indirecta con el interés público" (Dávila V., L.G. (2003)), dicho argumento refuerza la existencia de un vínculo entre el contrato estatal y la satisfacción del interés general.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional, sostiene que:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración (Corte Constitucional, 2009).

Esta corporación ratifica la relevancia de los principios mencionados en materia de contratación estatal, en beneficio de una adecuada ejecución del contrato, en la medida que permiten obtener la propuesta que más favorezca a la administración y a su vez, le permite al contratista estar en igualdad de condiciones frente a los demás proponentes.

No obstante, las condiciones o requisitos exigidos en procesos contractuales estatales, en algunos casos, no contrastan con el cumplimiento de los principios constitucionales y contractuales como igualdad, libre concurrencia, selección objetiva, proporcionalidad, transparencia, o con los fines del Estado.

La especialidad del objeto de contratar, la clase de bienes o servicio a prestar que se especifica en el pliego de condiciones, puede llevar a que la administración, e incluso la ley, limiten el número de participantes o de proponentes en una licitación; motivo por el cual llegar a afectar los principios de igualdad y libre concurrencia, teniendo en cuenta, en la mayoría de las ocasiones, no guardan relación con la mejor propuesta, sino que se termina beneficiando a un determinado oferente.

La administración está obligada constitucional (art. 13 CP -Asamblea Nacional Constituyente (1991)) y legalmente (arts. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993. Congreso de la República de Colombia (1993)), de otorgar idénticas oportunidades de participación a las personas que cumplan con las condiciones requeridas, conforme al principio de igualdad. Por otra parte, ésta

debe facultar la participación, dentro del trámite concursal, de todos aquellos que puedan ofrecer bienes y servicios según las exigencias previstas.

El tema que motiva el presente artículo tiene por objeto identificar dentro de las fuentes formales del derecho administrativo, si existen limitaciones a los principios de igualdad y de libre concurrencia dentro de la función pública y la contratación estatal, realizando un análisis de los procesos contractuales, a la luz de los principios constitucionales y de los principios orientadores consagrados en el estatuto contractual.

La presente investigación llevó a cabo un análisis de los procesos contractuales a nivel estatal, bajo la observancia de la ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)) Estatuto General de la Administración Pública, y su concordancia frente a los principios de selección objetiva, igualdad y libre concurrencia; efectuando un recorrido doctrinal y jurisprudencial sobre las diferentes posiciones y los pronunciamientos de las altas cortes, extrayendo las conclusiones que permitieron dar respuesta al problema de investigación planteado.

*Formulación Del Problema, ¿Los procesos de Contratación Estatal limitan la efectiva aplicación de los principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva?*

#### *Descripción Del Problema De Investigación*

La contratación estatal en Colombia, regulada por la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)) y sus decretos reglamentarios, se encuentra enmarcada bajo el principio de legalidad; la actividad contractual le son aplicables normas y principios jurídicos que tienen por finalidad principal, seleccionar objetivamente al contratista, sin que se tenga en cuenta la discrecionalidad absoluta y la autonomía de la voluntad consagrado en el derecho privado, a pesar de que algunas disposiciones comerciales o civiles son aplicables a estos actos jurídicos.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se fundamenta en los principios generales de transparencia, economía, responsabilidad, libre concurrencia y selección objetiva contenidos en los artículos 24, 25, 26, 27 y 29 de la Ley. Los principios que rigen la función pública, como la legalidad, igualdad, debido proceso, buena fe, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad, imparcialidad y publicidad se encuentran desarrollados en estas reglas. Estos principios son de obligatorio acatamiento de manera armónica, bajo los postulados constitucionales.

Para la jurisprudencia y la doctrina, el principio de libre concurrencia es una forma de expresión del derecho fundamental consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Magna (Asamblea Nacional Constituyente (1991)), al conceder la igualdad de oportunidades de acceso, a la participación en un proceso de selección contractual, y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.).

En el desarrollo de los procesos contractuales, se ha observado, que algunas entidades participan sin el cumplimiento de lo establecido en el Estatuto General de Contratación, en otros casos la Administración Pública señala requisitos de participación no proporcionales a la cuantía y complejidad de los objetos contractuales, afectando la ejecución contractual para el contratista, o se elaboran pliegos de condiciones, que favorecen al contratista preseleccionado, generando una libre concurrencia de forma injustificada, quebrantándose el principio de igualdad, responsabilidad, selección objetiva, de manera directa, y otros principios de manera indirecta.

La libre competencia, contiene una variedad de elementos que cimientan la manera objetiva en que como deben efectuarse los procesos contractuales, al incidir en la aplicación de otros principios de la función pública y contratación estatal.

Por la relevancia del tema, este documento pretende un análisis descriptivo, utilizando las fuentes formales del derecho, en especial la normatividad y jurisprudencia en esta materia, para lograr entender, la aplicabilidad y en especial las limitaciones que existen al principio de libre competencia, teniendo en cuenta, la incipiente gestión contractual que existe en el país, aunado al hecho de la corrupción reinante en diversas actividades contractuales públicas.

Según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)), los contratos estatales son todo acto jurídico que genera obligaciones, siendo una de las partes una entidad pública, cuya tipificación se encuentre en las normas civiles, comerciales, especiales o las previstas en el mismo cuerpo normativo.

La norma determina cuáles son las entidades públicas, a saber: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los Distritos Especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Igualmente, la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)), que modificó la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)), determina que están sometidas al estatuto contractual las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales y las Corporaciones Autónomas Regionales.

De la aplicación del Estatuto General de Contratación, están exceptuadas las entidades que en virtud de normas constitucionales o legales cuentan con régimen de contratación propio, en esta categoría se incluyen los entes autónomos universitarios (Art. 69 C.P. y ley 30 de 1992 Congreso de la República de Colombia(1992)), el Banco de la República (Ley 31 de 1992 Congreso de la República de Colombia (1992)), las empresas sociales del estado (Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia (1993)), las empresas oficiales o estatales de servicios públicos (Ley 42 de 1994, Congreso de la República de Colombia (1994)). No obstante, lo anterior, la Ley 1150 de julio 16 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)) determinó que a dichas entidades les son aplicables los principios que rigen la contratación pública contenidos en la Ley 80 de octubre 28 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)).

La norma referida enumera las modalidades de selección de los contratistas determinando como regla general la licitación o el concurso público, exceptuada de dicha regla la contratación directa y para acudir a esta modalidad se fijaban causales ante lo cual la administración debía justificar plenamente su aplicación.

La modalidad de concurso público no fue plenamente desarrollada por los decretos reglamentarios de la Ley, salvo para procesos de selección de diseños de arquitectura o estudios específicos.

El Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que los procesos de licitación pública eran largos y dispendiosos, lo cual demoraba la satisfacción básica de las necesidades de las entidades públicas adelantó un proceso de reforma a la contratación Estatal, que dio origen a la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)), la cual integra el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Esta Ley antes mencionada establece las siguientes modalidades de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

Recientemente la Ley 1474 de 2011 (Congreso de la República de Colombia (2011)), Estatuto Anticorrupción, introdujo nuevas modificaciones al Estatuto de Contratación de la Administración Pública y respecto a las modalidades de selección de contratistas creo el procedimiento denominado de mínima cuantía, es así como el artículo 94 de la referida Ley, fija unas reglas de escogencia para la celebración de contratos cuyo monto no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal interesada en la contratación.

### **Fines de la Contratación Estatal en Colombia**

Con la celebración de los contratos las entidades públicas deben buscar el cumplimiento de los fines del Estado, así como la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de las personas que viven en el territorio colombiano. Por su parte, el particular al contratar con el Estado, debe considerar que, al celebrar y ejecutar tales contratos, colabora con el Estado en la consecución de los fines, así como el cumplimiento de su función social.

El artículo 2 de la Constitución Política hace referencia a los fines esenciales del Estado, que se reproducen a continuación: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (que aparecen en la Carta), facilitar la participación de todos los miembros de la comunidad colombiana en los asuntos que le competen (económicos, políticos, administrativos y culturales), defender la independencia nacional, mantener su integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y asegurar la vigencia de un orden justo. Los enunciados mismos son demasiado contundentes y claros. No obstante, aparecen otros fines en toda la Carta que son integrables a las finalidades del Estado, tales los fines sociales y los expresados en el preámbulo, y otros más que aparecen en el recorrido por la preceptiva constitucional.

En conclusión, la contratación estatal es una actividad de la administración, que se constituye en un instrumento facilitador para el Estado, en el cumplimiento de sus fines esenciales, con el fin de satisfacer las necesidades e intereses colectivos de orden constitucional; según el estatuto de contratación estatal, la adjudicación de los contratos estatales, está sujeta a que se cumplan los fines generales y específicos del mismo, y la aplicación de los criterios técnicos y los factores económicos de escogencia definidos en el pliego de condiciones, para determinar la oferta más favorable para la entidad, en favor de los ciudadanos y las personas.

En materia contractual, en la medida en que el Estado contrata con los recursos que pertenecen a todos los colombianos, es de interés general, que se respeten ciertas condiciones dentro del proceso contractual, las cuales se garantizan a través de los principios que rigen la contratación estatal, en tal sentido, la contratación pública está sometida al cumplimiento efectivo de los principios de la administración pública, a los principios propios de la contratación estatal y a los principios del control fiscal.

### **La Importancia de los Principios Dentro de los Procesos de Contratación Estatal**

*Sobre el particular la Corte Constitucional, ha señalado que:* Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho... Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social (Corte Constitucional (2005)).

La Constitución Política de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente (1991)) consagró el modelo político de Estado Social de Derecho, en el cual, los principios han cobrado una connotación y mayor peso normativo, pues ya no son criterios auxiliares "Son los principios pues en nuestro ordenamiento jurídico, auténticas normas jurídicas, en el entendido que contienen supuestos y consecuencias (elementos estructurales de una norma), imponen obligaciones y atribuyen derechos, son fuente principal para el fundamento de leyes y su violación da lugar incluso a causal de casación, además son normas jurídicas de carácter constitucional" (Valencia Restrepo, H. (2007)).

#### *Principio de Transparencia*

El deber ser de la Contratación Estatal es el principio de transparencia (Gámez, J. M. (2002)), que se orienta en la selección objetiva y se fundamenta en la igualdad de oportunidades, la libre concurrencia, la publicidad de los procedimientos y actos del proceso de Contratación que, por regla general, se realizarán por convocatoria pública, salvo excepciones legales. Este principio comprende, además, otros aspectos importantes tales como: la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; la garantía del derecho de contradicción; la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta; la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración.

#### *Principio de Economía*

Este principio tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.

#### *Principio de selección objetiva*

Este principio se define a partir de los siguientes criterios: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. (Colombia Compra eficiente. Recuperado el 25 de Junio del 2016).

#### *Principio de buena fe*

Este principio tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.

### *Principio de igualdad*

El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

### *Principio de publicidad*

Se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la administración, como garantía de transparencia. En otras palabras, el principio de publicidad implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios.

## **Libre Concurrencia**

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, pero dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad.

*Objetivo General.* Identificar dentro de las fuentes formales del derecho administrativo, la existencia de limitaciones a la aplicación del principio de concurrencia en los diferentes procedimientos de contratación estatal en Colombia.

*Objetivos Específicos:* Identificar de qué manera se pueden generar limitaciones a la aplicación de los principios de selección objetiva, igualdad y libre concurrencia en los contratos estatales en Colombia. Establecer las causas que conllevan a la limitación de los principios de selección objetiva, igualdad y libre concurrencia por parte de las entidades estatales. Analizar las consecuencias que generan para la administración y para los participantes en los procesos contractuales, la limitación de los principios que los regulan.

## **METODOLOGÍA**

*Tipo De Investigación,* Este artículo científico se elaboró bajo el método diagnóstico exploratorio, esta metodología permite la comprensión del problema a resolver y de esta manera obtener nuevos datos y/o ampliar los conocimientos, incorporando hallazgos que no se habían previsto.

La información se registró de manera selectiva, consignando los extractos más importantes, citas textuales y resúmenes de las fuentes secundarias escogidas. La conceptualización del tema principal y hasta llegar al registro de los resultados obtenidos

dentro de la búsqueda y recopilación hecha. La investigación inició en una primera etapa mediante el instrumento de recolección de datos tales como, material documental (normativo, jurisprudencial y doctrinal), sus principios y excepciones o limitaciones frente a los diferentes procesos contractuales. A través del razonamiento y análisis del material documental recaudado se llegó a extraer las conclusiones, que permitieron dar respuesta a la pregunta de investigación planteada.

*Fuentes primarias*, Como fuentes principales se tienen en cuenta las siguientes: La Constitución Política. Los principios y valores constitucionales. La Ley. Representa la fuente jurídica formal por excelencia. Jurisprudencia, emanada de las altas Cortes. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado. *Fuentes Secundarias*. Doctrina. Constituye una fuente de consulta que considera la opinión de personas calificadas.

## RESULTADOS

*El Principio de Selección Objetiva del Contratista en el Proceso de Licitación Pública dentro de la Normatividad Colombiana.*

La Contratación Estatal Colombiana tiene su sustento normativo en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)), la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)) y en sus decretos reglamentarios, así como en los principios establecidos.

La licitación pública, como regla general, es una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a los pliegos de condiciones o términos de referencia; a través de este procedimiento la administración escoge la propuesta más favorable y a ella adjudica el contrato; el procedimiento tiene como fundamento buscar la finalidad pública estatal a través del contrato administrativo con la aplicación de los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento de los pliegos de condiciones. (Consejo de Estado (1996)).

Como se ha mencionado anteriormente, la celebración de contratos tiene como propósito dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, por lo que en su celebración y ejecución debe estar presente el principio de prevalencia del interés general. De ahí que el Estatuto Contractual defina al contratista como un colaborador del Estado: En razón de este interés general es que la administración, además de evaluar la propuesta en forma objetiva, está en la obligación de analizar las circunstancias externas, tales como la capacidad económica del oferente; el equipo de que dispone; su experiencia; organización y estado financiero... (Congreso de la República de Colombia (1993)).

Con respecto al deber de selección objetiva del contratista, el artículo 29 del Estatuto Contractual consagra:

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.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.



El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización. (Congreso de la República de Colombia (1993)). Conforme a los parámetros contractuales, a continuación se expondrán los casos hallados en los cuales se pudo evidenciar algún tipo de limitación al principio de selección objetiva:

Caso: Luis Fernando Díaz Cabrera y otro Vs. Municipio El Guamo (Tolima):

Una entidad pública dispuso la apertura de la licitación pública. El contrato se adjudicó a una sociedad al encontrar que dicha firma fue la que obtuvo el mayor puntaje en el proceso de selección. Sin embargo, en la evaluación de las propuestas se asignaron puntajes idénticos en aspectos tales como flujo de suministros, subcontratos y flujo de fondos, lo que también ocurrió respecto de los ítems de capacidad técnica, experiencia, seriedad y cumplimiento, organización de la obra y equipo ofrecido.

Expuso entonces esta Corporación:

...(…)Debe tenerse en cuenta que el deber de selección objetiva del contratista impone a las autoridades estatales efectuar una calificación de las propuestas, atendiendo fielmente el contenido de las mismas. No obstante, en el caso bajo estudio, al realizarse tal evaluación, inexplicablemente se asignaron puntajes idénticos en aspectos tales como flujo de suministros, subcontratos y flujo de fondos, lo que también ocurrió respecto de los ítems de capacidad técnica, experiencia, seriedad y cumplimiento, organización de la obra y equipo ofrecido. (...)

(…)Las circunstancias anteriormente referidas permiten a la Sala concluir, sin mayor esfuerzo, que el proceso contractual adelantado por razón de la licitación pública GAU-AB-001-94, no se ajustó estrictamente a lo dispuesto en el estatuto contractual, de donde resulta que el mismo se encuentra afectado de nulidad. (...)

Consideró el Consejo de Estado que este proceso de licitación se encontraba afectado de nulidad por cuanto el deber de selección objetiva del contratista, impone a las autoridades estatales efectuar una calificación de las propuestas, atendiendo fielmente el contenido de las mismas. Así mismo, la coincidencia de resultados no coincide con los contenidos de las propuestas, en tanto que de acuerdo con ello era posible establecer una calificación diferente para cada uno de los proponentes.

Caso: Colombina de Computadores y Comunicaciones Ltda. MICROCOM Ltda. VS. La Nación- Ministerio de Hacienda.

Dentro de los hechos relevantes se expone que una sociedad presentó propuesta en un proceso de licitación pública, correspondiente a la adquisición de equipos y software por parte de la de una entidad estatal. Dicha sociedad obtuvo una calificación de 82.34 puntos en el ítem 1, en tanto otra sociedad obtuvo 82.22 puntos. La entidad estatal consideró que las dos propuestas anteriores eran equivalentes, dada la escasa diferencia en el puntaje final (0.08 puntos). Y ante la referencia desfavorable que dio otra entidad de la sociedad que obtuvo 82.34 puntos por fallas en los equipos objeto del contrato y la igualdad de las dos propuestas, decidió adjudicar el contrato a la sociedad que obtuvo 82.22 puntos. A pesar que en el pliego de condiciones no se señalaron alternativas para escoger entre las propuestas que obtuvieran el mayor puntaje, cuando ellas fueran equivalentes.

La Corporación considera en este caso que:

«(...) Esta decisión de la administración no se ajustó a las reglas del pliego de condiciones, por cuanto en éste se estableció, de una parte, la forma como se evaluaría el cumplimiento de los proponentes en contratos anteriores y de la otra, nada señaló sobre propuestas equivalentes.

(...) Considera la sala que el momento para considerar el incumplimiento de la sociedad Microcom Ltda., era cuando se evaluaron los criterios establecidos en el pliego de condiciones, caso en el cual la recomendación desfavorable permitía que a dicha propuesta no se le asignara puntaje en el factor "seriedad y cumplimiento en contratos anteriores". (Consejo de Estado (2004))

Considera el Consejo de Estado que existe razón suficiente para declarar la nulidad porque una entidad pública no puede dejar de adjudicar un contrato a una sociedad que obtuvo mayor puntaje aplicando una regla de equivalencia de las propuestas por la escasa diferencia en el puntaje final entre el primero y segundo proponente, debido a una recomendación desfavorable por incumplimiento de un contrato, por cuanto estaría vulnerando el principio de selección objetiva por cuanto: (i) la forma de evaluar el cumplimiento de contratos anteriores de los proponentes no estaba previsto en el pliego de condiciones. (ii) El momento de integrar el cumplimiento de contratos anteriores como factor para asignar determinado puntaje, era en la evaluación de criterios establecidos en el pliego de condiciones. (iii) La aplicación de la regla de la equivalencia de las propuestas en el procedimiento administrativo de la licitación pública, se requiere su estipulación expresa en el pliego de condiciones. (iv) Al no sujetarse la entidad a la ponderación precisa, detallada y concreta de las propuestas y no se ceñirse estrictamente a las reglas señaladas en el pliego de condiciones, la resolución que adjudica uno de los ítems del contrato adolece nulidad.

La Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)), que modificó en parte la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)) Estatuto de Contratación Estatal, incluyó un cambio en el proceso de selección objetiva. Antes de la experiencia, la capacidad financiera y la organización como condiciones particulares de los proponentes eran objeto de calificación, lo que de entrada podía significar ventaja para proponentes con gran capacidad y experiencia que era aprovechado para que los funcionarios públicos encargados de hacer los estudios previos y elaborar los pliegos de condiciones lo utilizaran para entregarles a estos proponentes un puntaje inicial a favor. (Pino R., J. (2005)). Estas condiciones ahora son exigidas al contratista como requisitos habilitantes para la presentación de la propuesta, pero no son objeto de puntuación. La puntuación de las propuestas recae exclusivamente sobre sus condiciones técnicas y económicas, lo que hace que los proponentes se esfuercen en presentar propuestas debidamente elaboradas.

En resumen, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que, sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

#### *Principio de igualdad en el proceso de licitación pública dentro de la normatividad Colombiana.*

El principio de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad, de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de esta manera, asegurar idénticas oportunidades en un proceso de contratación. Por otra parte, es una

garantía para la Administración Pública, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable.

Este principio implica que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de peticiones, otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (art.3 No. 5 Ley 80 de 1993), la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes, y la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso (Consejo de Estado (2001)).

Al realizar un análisis del principio de igualdad en materia de contratación estatal se encuentran varias manifestaciones, en la ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia (1993)), artículos 24 y 30, y en la ley 1150 de 2007 (Congreso de la República de Colombia (2007)) en el artículo 5; lo anterior implica que, cualquiera que sea el procedimiento que utilice la Administración para la selección del contratista, todos los participantes deben estar en igualdad de condiciones. Sin embargo, la Corte Constitucional hace referencia a este principio en particular y manifiesta que: (...) [L]a igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina de [sic] que el legislador no puede estar sometido a la exigencia de que, a fin de no desconocer el principio de igualdad, debe tratar de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos. En este orden de ideas, para delimitar el alcance y aplicación del principio se ha acudido a la fórmula clásica de que "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual (Corte Constitucional, 1996).

Haciendo referencia a este principio, se encuentra una acción de nulidad simple contra el apartado a) del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, por el cual se modifica parcialmente el decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

(...)Artículo 5°. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 52. Procedimiento de contratación. Los contratos a los que se refiere el literal h) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los proyectos allí señalados, se celebrarán por parte de la entidad estatal competente observando el siguiente procedimiento:

- a. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.
  - b. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto.
- (...)

Mediante este decreto, el Gobierno Nacional reglamentó los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas

de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden.

Considera la parte actora, que la norma acusada es una limitación ilegal al principio de igualdad en materia contractual, al considerar que la invitación a ofrecer a tres personas naturales o jurídicas limita el acceso de otros oferentes interesados en procesos de selección objetiva.

El Consejo de Estado, declara que no existe tal vulneración, por considerar que: dicha norma constituye una excepción completamente razonable y justificada al régimen general de la contratación estatal por vía del proceso de licitación pública, por cuanto la complejidad del procedimiento y la prolongación de las distintas etapas que lo componen, lo convierten en una institución inadecuada para la satisfacción de las necesidades del Estado en los eventos a los que se ha hecho referencia" (Consejo de Estado (2013)).

El Decreto 2025 de 2009, expedido por el Presidente de la República, en virtud de su potestad reglamentaria y en desarrollo de la Ley 1150 de 2007, hace que, de manera imperiosa, este Decreto pase por un proceso de subsunción para determinar su alcance.

(...)De tal manera, la norma acusada no estableció de manera injustificada condiciones perjudiciales respecto de la participación de aquellos proponentes que asistiesen a los procesos de selección abreviada a los que se ha hecho referencia a lo largo de la providencia, por cuanto sus propuestas debían ser analizadas con base en los criterios objetivos señalados en el correspondiente pliego de condiciones sin que en ellos pudiese incluirse cláusula alguna que premiase o atribuyera favoritismo al hecho de haber sido invitado formalmente por la entidad contratante. Ahora bien, puede pensarse que el sólo hecho del envío de una invitación formal a algunos de los oferentes participantes en la pugna contractual constituye un factor diferenciador que actúa en beneficio de aquellos proponentes convocados de manera particular. Sin embargo, la Sala considera que dicha facultad otorgada a las entidades contratantes se justifica y, por tanto, resulta razonable y proporcionada, en la medida en que los procesos a los que se refiere la norma acusada buscan satisfacer las necesidades que aquellas presentan al momento de atender a algunos grupos poblacionales especialmente vulnerables, cuyos derechos fundamentales se verían en grave riesgo de desprotección en el evento de una declaratoria de desierto del proceso de contratación, situación que, claramente, la Administración buscó evitar con la disposición que se estudia.

En ese orden de ideas, la Corporación consideró que, así el proceso tenga una figura que pueda llegar a considerarse diferenciadora, en realidad resulta ser razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que, lo que se busca es evitar que los derechos fundamentales de este grupo poblacional, se vea en grave riesgo. En conclusión, la entidad contratante no está vulnerando los principios que rigen la contratación estatal, en especial el principio de igualdad, toda vez que, la obligación de invitar a ofrecer a un mínimo de tres proponentes con el fin de iniciar el proceso de selección abreviada en los casos establecidos en el literal h) numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es una garantía de participación mínima de los procesos de selección abreviada con el fin de evitar la declaratoria de desierto de los mismos.

En jurisprudencia de 1996, la Corte (Corte Constitucional (1996)) entra a establecer si resulta legítimo que, en el pliego de condiciones de una licitación pública, la autoridad territorial busque estimular la ingeniería local y que para ello se apele a establecer un puntaje determinado en favor de los proponentes que acrediten tener residencia o sede de sus negocios en el municipio que acomete la obra pública. Aduce la entidad que el fomento de la ingeniería

local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar un puntaje en el pliego de condiciones en favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería “nativas” y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación.

La Corte, a propósito de la idoneidad de la Tutela para la protección del derecho fundamental a la igualdad, indicó que está deberá ser en todo caso vinculada a la naturaleza de la lesión constitucional analizada, la acción de controversias contractuales no reúne, en casos como el presente, las condiciones de eficacia que se requieren para que el otro medio de defensa judicial pueda desplazar a la acción de tutela en aras de la protección oportuna del derecho fundamental a la igualdad.

El tratadista Matallana Camacho hace alusión en cuanto a que si bien, en la revisión que efectúa la Corte Constitucional no tutela el derecho por cuanto ya la violación del derecho fundamental se consumó, dentro de los argumentos esgrimidos por la Corte se pudo constatar que la Acción de Tutela resulta ser un medio idóneo para proteger el derecho fundamental a la igualdad” (Matallana C., E. (2010)). Esta sentencia deja la posibilidad en el evento de presentarse un caso similar, la protección de principios constitucionales, siempre que se ajuste a los requisitos fácticos señalados por la Corte.

Considera la Corte que el estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable (Corte Constitucional (1996)).

#### *Principio de Libertad Concurrencia en el Proceso Licitatorio Colombiano.*

El principio de libertad de concurrencia tiene como objetivo permitir que las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, puedan tener acceso al proceso licitatorio, mediante la adecuada publicidad de los actos precontractuales, por parte de la Administración.

El principio de libertad de concurrencia encuentra una relación directa con el principio de igualdad de oportunidades. La libertad de concurrencia brinda la posibilidad de que cualquier persona que cuente con la capacidad real de ser, eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal, y pueda asistir al proceso de creación del contrato estatal, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación” (Consejo de Estado (2007)).

A su vez la Corte Constitucional al respecto señala que la libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de 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 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" (Corte Constitucional (2009)).

La sentencia de la Corte Constitucional C- 949 de 2001, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, realiza un análisis sobre la exequibilidad de la expresión "automática" del artículo 36 de la ley 80 de 1993, que trata sobre la prórroga automática de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, prórroga automática de los contratos de radiodifusión sonora:

Artículo 36. DE LA DURACION Y PRORROGA DE LA CONCESION. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión. PARAGRAFO. Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radio difusión sonora, quedan prorrogados automáticamente por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de diez (10) años.

La Corte Constitucional consideró que la norma acusada es inconstitucional, teniendo en cuenta que la duración de estos contratos sería de 20 años, lo cual limita de manera injustificada la libre competencia de los oferentes, vulnerándose el derecho constitucional de acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético. La prórroga automática de los contratos de concesión de actividades y servicios de telecomunicaciones se constituye en una "limitación irrazonable" al derecho de libre competencia, debido a que impide la participación de nuevos oferentes con capacidad técnica y financiera en la prestación de los servicios de telecomunicaciones; por consiguiente, declaró inexecutable las expresiones "automáticamente", "dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión", del inciso primero del artículo 36 de la Ley 80 de 1993, y de todo el párrafo de ésta disposición legal.

Como lo han notado las Altas Cortes, la licitación pública o concurso público, constitucionalmente es el procedimiento de selección del contratista, dirigido a selección objetiva, siendo, este procedimiento, mencionado en el artículo 273 Superior, recibiendo esta institución, la categoría de validez jurídica. Por tal motivo, la libre concurrencia está relacionada con el mandato de igualdad de oportunidades, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política y con el derecho a la libre competencia, reconocido en el artículo 333 ibídem, así como con los demás principios de la función administrativa. Siendo este principio, desde el punto de vista de la entidad estatal, el que asegura la pluralidad de competidores, lo que a su vez redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.

La Corte Constitucional en sentencia C-815 de 2001, advierte que la libertad de concurrencia admite ciertas excepciones o limitaciones, las cuales deben ser fijadas por el legislador:

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. (Corte Constitucional (2001)). Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión (...)

Es evidente que no existe una posición unificada con respecto a las limitaciones al principio de libre competencia. Otra clara muestra de esto, se evidencia en el pronunciamiento dado por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2009.

La libre competencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de competencia y atentan 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.

A su vez, en la sentencia C-068 de 2009, la Corte declaró inexecutable, entre otras, la expresión “y sucesivamente” contenida en el inciso primero del artículo 8º de la ley 1º de 1991, en tanto permitía la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número. A juicio de la Corte, la prórroga sucesiva desconoce los derechos a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, “(...) pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria” (Corte Constitucional (2009)).

Cabe resaltar que para el magistrado de la Corte Constitucional y doctrinante Rodrigo Escobar Gil, existe una excepción al principio de competencia, derivado de la necesidad de garantizar la capacidad e idoneidad del contratista, así como las calidades técnicas, económicas, profesionales y financieras del mismo, todo esto, en aras de asegurar el cumplimiento del objeto del contrato, al considerar que es legítimo que atendiendo las características propias del objeto del contrato, la entidad pública circunscriba la participación a una determinada categoría de contratistas... esta restricción será válida siempre y cuando, sea razonable y adecuada al objeto del contrato. Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio (Escobar G., R. (1998)).

### ***La Discrecionalidad Administrativa***

Este término resulta como una figura no señalada de manera taxativa en la ley, pero que surge como una “autorización” conferida de manera expresa a la Administración con el fin de que, previa ponderación de los intereses comprometidos, pueda elegir la medida que más satisfaga el interés general.

Al respecto, Antonio Mozo Seoane dice: Las definiciones materiales o positivas de discrecionalidad parten de considerar que la figura en cuestión opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley. Para este tipo de concepciones de la discrecionalidad administrativa, ésta surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional (Mozo S., A. (1985)).

El autor Giannini, considera que la discrecionalidad no es otra cosa que la valoración o apreciación que la Administración realiza de dicho interés público, valoración que se traduce en una dialéctica entre los intereses implicados en el caso bajo examen, a ser realizada por el órgano competente de la siguiente manera: dicho órgano se encuentra jurídicamente obligado a actuar en pro de la consecución de un "interés primario", el interés general que, de ordinario, le viene señalado por el ordenamiento. Durante el transcurso de su actuación el órgano administrativo deberá, asimismo, ponderar o comparar qué "intereses secundarios", públicos o privado merece ser tenidos en cuenta o precisan ser sacrificados para la satisfacción del "interés primario" (Giannini, M.S. (1993)).

Existe otra posición que considera que la discrecionalidad administrativa se constituye como un margen de autodeterminación de la Administración, frente a los demás poderes públicos, legislativo y judicial, afirmando que es el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada (Bullinger, M. (1987)).

### **CONCLUSIONES**

En el desarrollo del presente recorrido jurisprudencial y doctrinario sobre los principios de selección objetiva, igualdad y libre concurrencia que rigen la contratación estatal, teniendo como referente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se pudo determinar que, en casos particulares, la Administración ha limitado los principios motivo de estudio, delimitando el riesgo de corrupción y detrimento de lo público.

Este estudio ha mostrado el interés por la protección de la contratación como instrumento de gobierno para alcanzar los fines del Estado y las metas propuestas en planes de desarrollo. Todo proceso licitatorio debe estar fundamentado en los principios que regulan la actividad contractual de la Administración, y estos, a su vez, deben guardar relación con los principios constitucionales, lo cual implica que las autoridades estatales se encuentran en el deber de acatar y cumplir tales preceptos.

En la medida que la información precontractual ha sido suministrada en forma clara y precisa, esta puede hacerse exigible a los proponentes, la Administración no puede cambiar las "reglas de juego", ni determinar deberes que no constan en el pliego de condiciones; lo anterior en aras de evitar consecuencias negativas en la calificación de los participantes, y de no desconocer el deber de transparencia que le asiste a la autoridad contratante.

De manera excepcional, en algunos casos la administración no efectuó una calificación efectiva de cada una de las propuestas presentadas, acorde a los contenidos, no estableció reglas claras a seguir en el proceso de selección dentro de un pliego de peticiones, teniendo en cuenta que las actuaciones encaminadas a la licitación, están llamadas a culminar con un acto de "adjudicación" al participante que presentó la mejor propuesta, lo cual impidió la selección objetiva del contratista, dando lugar a nulidades e incluso a tener que declarar "desierta" la licitación.

Otro hallazgo importante se encuentra directamente dentro de la normatividad que regula las condiciones de contratación, encontrando términos y expresiones, que, al ser interpretadas exegéticamente, en casos específicos, por ejemplo, han llegado a perpetuar la ejecución de un contrato en cabeza del mismo contratista, toda vez que es la norma, la que permite prórrogas sucesivas que limitan los derechos de participación en condiciones de igualdad y libre competencia económica. Casos en los cuales ha sido la Corte Constitucional, quien ha venido a determinar la inexecutable de aquellas en las cuales, por tan solo una palabra, se limitan los derechos contractuales y constitucionales.



Se evidencia a través de la investigación el alto grado de discrecionalidad que poseen los funcionarios públicos a la hora de contratar, con el fin de establecer los requisitos de estructuración y presentación de ofertas de participación de los proponentes, sobre la forma de evaluación y otras condiciones, siendo esta figura amparada en argumentos relacionados con la necesidad del bien o servicio a contratar, la necesidad de oferentes que hayan ejecutado contratos similares, de proponentes con excelente capacidad financiera, o que pertenezcan a la misma región, entre otras, haciendo que las autoridades contratantes, simplemente le cierren las puertas a la gran mayoría, evitando la participación pública de proponentes.

La Administración no puede modificar o alterar de manera caprichosa o inconsulta las reglas dentro de la etapa precontractual, o de procedimiento de selección de los contratistas, so pretexto de la discrecionalidad administrativa, ni tomar decisiones irrazonadas e infundadas que solo den vía libre a la arbitrariedad.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente (1991), Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado el 1 de agosto del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Bullinger, Martín (30 de octubre de 1987) «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en La Ley, 1831, Madrid.
- Colombia Compra eficiente. Recuperado el 25 de Junio del 2016. En línea <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 30 de 1992. Diario Oficial 40.700 de diciembre 29 de 1992. Recuperado el 30 de Junio del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=253>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 31 de 1992. Recuperado el 30 de Junio del 2016. En línea [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/ley\\_31\\_1992\\_c\\_ompendio.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/ley_31_1992_c_ompendio.pdf)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado el 20 de Junio del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de diciembre 23 de 1993. Recuperado el 02 de Julio del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1150. (16, julio, 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. Recuperado el 02 de Julio del 2016. En línea [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011, Estatuto Anticorrupción. Recuperado el 25 de Junio del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>
- Consejo de Estado. Expediente 8071 del 19 de septiembre de 1994. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Recuperado el 1 de agosto del 2016. En línea [http://190.24.134.67/documentos/boletines/134/S3/25000-23-26-000-1995-01712-01\(17757\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/134/S3/25000-23-26-000-1995-01712-01(17757).pdf)



- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10313 del 22 de julio de 1996 M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Recuperado el 28 de Junio del 2016. En línea [www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/juri/e\\_8615\\_97.doc](http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/juri/e_8615_97.doc)
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12037 del 19 de julio del 2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Recuperado el 5 de agosto del 2016. En línea [www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13311](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13311)
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10784 del 7 de septiembre del 2004. C.P. Nora Cecilia Gómez Molina. Recuperado el 3 de Agosto del 2016. En línea [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/52001-23-31-000-1996-07982-01\(19032\).htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/52001-23-31-000-1996-07982-01(19032).htm)
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 24715 del 3 de diciembre del 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Recuperado el 9 de agosto del 2016. En línea <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28910>
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 39005 del 29 de agosto del 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Recuperado el 7 de agosto del 2016. En línea <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T- 147 del 15 de marzo de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado el 8 de agosto del 2016. En línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-147-96.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 815 del 2 de agosto del 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Recuperado el 12 de agosto del 2016. En línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-815-01.htm>
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C- 068 del 10 de febrero del 2009. M.P. Mauricio González Cuervo. Recuperado el 11 de agosto del 2016. En línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-068-09.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C- 713 del 7 de octubre del 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. Recuperado el 14 de Junio del 2016. En línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>
- Dávila V., L.G. (2003). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá. Editorial Legis.
- Escobar G., Rodrigo. (1998) Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis.
- Gómez, J. M. (2002). Manual de Procedimiento de la Contratación Estatal. Editorial Legis, Bogotá.
- Giannini, M.S. (1993) Diritto Amministrativo, Tercera Edición, volumen II, Milano.
- Matallana C., E. (2010). Manual de Contratación de la Administración Pública. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Mozo S., A. (1985) La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983, Montecorvo, Madrid.
- Pino R., J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia
- Valencia Restrepo, H. (2007). Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho, pág. 262. Medellín: Librería Jurídica Comlibros)