

El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual*

The Principle of Objective Selection in Public Bidding:
Analysis from the Pre-Contractual Stage

José Gabriel Nieves-López**

Citar este artículo como: Nieves-López, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. *Revista Verba Iuris*, 12(37), pp. 13-24.

Resumen

El presente artículo pretende analizar desde la etapa precontractual de la licitación pública las principales dificultades que se tornan al momento de la materialización del principio de selección objetiva al momento de la escogencia de los proponentes. Esta investigación de carácter socio-jurídico, tiene un enfoque cualitativo, es de tipo exploratoria-descriptiva, en la cual, a través de la utilización de técnicas de recolección, revisión y análisis de fuentes secundarias de carácter documental, desde el ámbito normativo y jurisprudencial, se pretende dar respuesta a los objetivos inicialmente planteados en la investigación.

Palabras clave: Licitación pública, selección objetiva, transparencia, revocatoria, proponente.

Abstract

This article pretends to analyze, from the pre-contractual stage of the public bidding, the main difficulties at the materialization of the principle of objective selection at the time of the selection of proponents. This research of socio – legal character has a qualitative approach and it is of an

Fecha de Recepción: 17 de enero de 2017 • Fecha de Aprobación: 27 de febrero de 2017

* El presente trabajo hace parte de la investigación denominada “Buenas Prácticas en la Gestión Contractual” gestionado en la Universidad Autónoma del Caribe.

** Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Especialista en Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia. Especialista (e) en Derecho Procesal, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Joven Investigador COLCIENCIAS - Universidad del Norte adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política –GIDECP–. Profesor Catedrático Universidad de Caldas. Correo electrónico: josegabrielnieves@hotmail.com, teléfono: 350 9278. Km 5 Vía Puerto Colombia, Barranquilla.

Reception Date: January 17, 2017 • Approval Date: February 27, 2017.

1. This article is part of the research “Good Practices in Contractual Management”, managed within Universidad Autónoma del Caribe.
2. Lawyer from Universidad del Norte. Specialist in Administrative Law, Universidad Santo Tomás. Specialist in Public Contractual Law, Universidad Externado de Colombia. Specialist in Process Law, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Young researcher COLCIENCIAS – Universidad del Norte attached to Research Group in Law and Politic Science – GIDECP. Professor Universidad de Caldas. Electronic Mail: josegabrielnieves@hotmail.com, Telephone 350 9278. Kilometer 5 Vía Puerto Colombia, Barranquilla.

exploratory – descriptive type, in which it is intended to respond to the objectives initially raised in the research, through the use of techniques of collection, review and analysis of secondary sources of documental nature, from the normative and jurisprudential points of view.

Keywords: Public bidding, Objective selection, Transparency, Revocation, Proponents.

Introducción

Según un Informe de Transparencia Internacional, Colombia se encuentra en el puesto 90 entre 176 países que denotan un alto grado de corrupción y a nivel latinoamericano somos superados por países como Venezuela, Nicaragua y México. (Transparency International, 2016)

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo menciona en su *“Manual de Buenas Prácticas de Transparencia en la Gestión Contractual”*, que el 91% de los empresarios percibe un grado de corrupción en cuanto a lo que tiene que ver con los procesos de contratación. (PNUD, 2011)

Así las cosas, no es asunto de menor importancia determinar estrategias que permitan al Estado reducir los altos índices de corrupción en las compras públicas y abogar por la materialización del principio de selección objetiva en los procesos licitatorios.

La contratación directa: ¿Un obstáculo para la selección objetiva de proponentes?

Entre los principales problemas que se centran para que se adelanten procesos eficientes y transparentes de contratación pública por parte de las entidades del Estado, indica un estudio del Banco Mundial y Vicepresidencia de la República que se ciernen los siguientes: (PNUD, 2011)

- Las fases preparatorias del proceso contractual y post-proceso, desde la evaluación de necesidades (planeación) hasta la ejecución

del contrato. La primera fase afecta principalmente el principio de selección objetiva, aunque también afecta el principio de planeación como cuando se contrata la adquisición de bienes o servicios innecesarios, o afecta a ambos principios cuando se hace la adquisición a precios que no corresponden a los precios de mercado.

- Las excepciones a la regla general. La licitación pública y la subasta se han erigido como procesos que tienen elementos más elaborados que permitiría la aplicación integral del principio de selección objetiva. Por tanto, siempre se ha considerado que los procesos excepcionales tienen más riesgos de corrupción. Esto ha conllevado a que la legislación que se adopte esté orientada a establecer normas cada vez más estrictas para los procesos contractuales excepcionales, como la contratación directa.
- En la etapa post-proceso, los contratistas - sector empresarial buscan la realización de cambios a los términos contractuales a pesar de no existir suficiente justificación, con el único fin de lograr un incremento en el valor del contrato, dado que la ley permite ajustes del presupuesto hasta por un 50% del valor original del contrato y que, además, las renegociaciones y adiciones a los contratos no están sujetas a las mismas exigencias de publicidad (transparencia) y competencia (selección objetiva) que los contratos iniciales.
- Otra irregularidad frecuente en los procesos de licitación es la existencia de monopolios de contratistas. Estos contratistas son considerados como los únicos capaces de ofrecer productos o servicios al Estado, obteniendo una posición dominante.

Como se desprende de lo anterior, los riesgos inherentes al proceso de contratación se evidencian desde la etapa precontractual, con la escogencia de la modalidad de selección o la indebida planeación para la ejecución del contrato, hasta la etapa post-contractual, en la que se permiten adiciones injustificadas a los contratos inicialmente celebrados, sin el cumplimiento de los principios generales de contratación y con la única prohibición de celebrar adiciones en más de un 50% de su valor inicial, conforme lo establece el parágrafo del artículo 40 del Estatuto de Contratación.

Pese a que por regla general, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, art. 2°, la licitación pública se enmarca como el proceso de selección idóneo en el cual se materializa el principio de selección objetiva y al cual deben acudir las entidades del Estado para salvaguardar los principios de la función administrativa (Art. 209 C. N.), lo cierto es que a menudo se recurre a las excepciones para escoger a los contratistas a través de la modalidad de contratación directa, propiciando, en ocasiones, dudas sobre

los procesos de adjudicación adelantados por la entidad estatal.

Al respecto, es importante resaltar el contenido de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 respecto de la contratación directa:

“(…) Es significativo el hecho de que un total de 1380 contratos de obra pública celebrados por la Administración Central, 880 se llevaron a cabo a través de la modalidad de contratación directa, tal como lo ha puesto de presente la Contraloría General de la República en un documento elaborado en marzo de 1989... la moralidad y la pulcritud administrativas buscadas con la expedición de los estatutos, tampoco pudo conseguirse (...)”

Sin embargo, el estado de la contratación pública en Colombia desde 1989 hasta la fecha, a nuestro juicio, ha tenido una escasa mejoría en lo que se refiere a los índices de contratación directa en el Estado y el latente riesgo de corrupción, tal como se puede apreciar en los índices de contratación pública de 2015 publicados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, así:

Tabla 1: (Colombia Compra Eficiente, 2015)

Indicadores Sistema de Compras Públicas 2015			
Tipo de Proceso	Cuantía a Contratar	Cuantía Definitiva Contratada	N° de Procesos
Asociación Público Privada	\$12.644.169.193.475	\$16.567.582.184.612	29
Concurso de Méritos Abierto	\$ 3.765.389.748.250	\$ 1.792.781.769.031	4.049
Concurso de Méritos con Lista Corta	\$1.201.366.982	\$1.329.568.689	26
Contratación Directa (Ley 1150 de 2007)	\$67.985.278.150.969	\$42.366.781.661.529	491.388
Contratación Mínima Cuantía	\$ 1.952.097.498.056	\$ 1.868.368.665.595	114.209
Licitación Pública	\$19.770.179.172.917	\$14.651.154.655.335	6.320
Régimen Especial	\$40.637.824.637.802	\$34.329.365.719.743	251.130
Selección Abreviada de Menor Cuantía (Ley 1150 de 2007)	\$ 5.964.290.404.956	\$ 3.295.990.057.661	12.554
Selección Abreviada del literal h del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007	\$ 1.101.644.585.113	\$535.892.885.685	103
Selección Abreviada servicios de Salud	\$401.226.023.503	\$181.510.872.794	395
Subasta	\$ 6.045.550.855.687	\$ 2.236.962.860.714	6.041

Los niveles de contratación directa y de concentración en la contratación pública son alarmantes, tal como se puede apreciar en la tabla anterior; y por supuesto, dicha situación no deja de ser preocupante, pues el principio de selección objetiva, que se desprende de una norma superior (Art. 209 C.N.) en el cual se consagra el principio de transparencia en la función administrativa, pareciera alejarse de los procesos de contratación, por tal motivo, se hace indispensable analizar como desde la Licitación Pública se ve afectada la selección objetiva frente a la escogencia del contratista.

En este sentido, el Gobierno Nacional expidió recientemente el Decreto 092 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, dando un vuelco a la contratación directa suscrita por el Estado con estas entidades y cerrando la brecha a las adjudicaciones “*a dedo*”, pues a partir de ahora se debe adelantar “*un proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad*” para contratar.

El principio de selección objetiva en la licitación pública

Como ya lo hemos mencionado, el principio de selección objetiva se desprende de una norma constitucional en la cual se encuentran condensados los principios de la función administrativa y que guardan una estrecha relación con las disposiciones contenidas en las Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2007, a decir, dicha norma indica:

“(…) ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (…)” (Constitución Política de Colombia)

En este orden de ideas, hay que tener claro que la Administración no goza de discrecionalidad *per se* para contratar, porque dada la naturaleza del interés público que se pretende satisfacer, debe acudir a la adjudicación directa que está sujeta como todo proceso de escogencia del contratista al principio de selección objetiva y de transparencia consagrados en el artículo 209 constitucional.

Así las cosas, el procedimiento de la adjudicación en audiencia pública del proceso licitatorio, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, constituye en *stricto sensu* la materialización del principio de selección objetiva.

La Corte Constitucional al analizar en sus providencias el principio de selección objetiva, ha precisado al respecto:

“(…) La igualdad de oportunidades junto con la libre concurrencia, entonces, son dos elementos medulares de los procesos de selección objetiva. La contratación directa, a pesar de los controles que sobre la misma pueda ejercer el Estado, enturbia de manera latente los principios invocados. Si bien no se puede dudar a priori de la capacidad para garantizar la prestación de un servicio cuando éste haya sido concedido directamente, por fuera de los mecanismos de participación abierta (…)

“(…) Desde el punto de vista constitucional, el artículo 209 Superior establece que la función administrativa está “al servicio de los intereses generales,” los cuales a su vez, se desarrollan “con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.” A la luz de esta

disposición, en aras de garantizar el interés general, es posible justificar tanto una medida excepcional como la contratación directa, como el empleo del mecanismo de selección objetiva con el fin de reducir al máximo las prácticas que tiendan a menguar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, o la concentración de los medios y las prácticas monopolísticas (...) (2010)

Como se puede observar, la constante práctica de la Administración de acudir a los criterios excepcionales para eludir el proceso de Licitación Pública para satisfacer las necesidades del Estado, ha terminado por desnaturalizar la esencia de los principios de la contratación pública, en especial la selección objetiva.

Y si bien es cierto, el Decreto 1082 de 2015 (compilatorio del Decreto 1510 de 2013), consagra nuevos requisitos para intentar blindar la planeación, libre concurrencia y selección objetiva en los procesos contractuales como los análisis del sector que deben acompañar a los estudios previos y estudios previos para contratar, lo cierto, es que la contratación directa sigue siendo la principal modalidad utilizada por las entidades del Estado.

Denota suma importancia la audiencia de adjudicación en los procesos de Licitación Pública, que por mandato constitucional se encuentra dentro de las potestades del Contralor General, solicitar que la audiencia de adjudicación se realice en Audiencia Pública, tal como se indica:

“(...) Artículo 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley (...)”

A respecto la Corte Constitucional, ha sostenido en sentencia C-380 de 2008, lo siguiente:

“(...) El artículo 273 de la Constitución Política establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, y para ello, en el primer inciso se establece la posibilidad de que el Contralor General u otra autoridad de control fiscal ordenen que el acto de adjudicación de un contrato sometido a licitación pública se realice dentro de una audiencia pública convocada para el efecto, decisión que la referida autoridad deberá tomar siempre que medie solicitud en tal sentido presentada por uno cualquiera de quienes participan como proponentes en el proceso de selección de que se trate; en tanto, en el segundo inciso defiere a la ley la regulación de varios importantes aspectos relativos a la celebración de estas audiencias, particularmente la manera como se realizará la evaluación de las propuestas, las condiciones bajo las cuales se realizará la audiencia y los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública (...)”

La necesidad de incluir dentro del proceso de Licitación Pública por parte del legislador, la Audiencia de Adjudicación Pública, denota la importancia que el Estado imprime a la modalidad de selección para dar publicidad y brindar transparencia a los procesos licitatorios, en consonancia con el principio de selección objetiva, otorgando así legitimidad a sus actuaciones y confianza al ciudadano para participar en ellos.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, y sin ánimo de abandonar la temática que se pretende con las presentes páginas, resulta de interés analizar la viabilidad de contextualizar el marco legal de los procesos de selección de contratos estatales en el marco de la Comunidad Andina. (Blanco, 2010)

La selección del proponente en los procesos de Licitación Pública

La licitación pública es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal.

De acuerdo a lo previsto por el Consejo de Estado, la Licitación Pública se caracteriza por los siguientes elementos:

“(...) Son elementos fundamentales del proceso licitatorio: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar.

Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración.

Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes (...)” (2001)

El procedimiento previsto para la Licitación Pública es el consagrado en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los artículos 2.2.1.2.1.1.1 y ss. del Decreto 1082 de 2015, básicamente, se

adelantan por parte de la Administración las siguientes etapas:

- Aviso de Convocatoria
- Publicación del Borrador de Pliego de Condiciones y Estudios Previos
- Publicación de Pliego de Condiciones y Estudios Previos Definitivos
- Apertura del Proceso
- Audiencia de Aclaración y Asignación de Riesgos
- Recepción de Ofertas
- Publicación Informe de Evaluación
- Audiencia Pública de Adjudicación
- Suscripción del Contrato

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se estableció como requisito en las licitaciones públicas la tipificación y asignación de riesgos, como desarrollo de los lineamientos de política pública establecidos en materia de riesgos para la contratación pública establecidos en el documento CONPES 3714 de 2011, del cual se tratará más adelante.

Ley 1150 de 2007. “(...) Art.4°: Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva (...)”

Para Safar Díaz, “(...) la licitación pública se constituye en un procedimiento de selección de contratistas ineficiente tanto por el hecho de su aplicación verdaderamente residual como por el hecho de no contar con una metodología específica y determinada” (2011), situación que a nuestro juicio tiene un asidero legítimo.

A nuestro juicio, el procedimiento de licitación pública que ha sido instituido como regla general para las diferentes modalidades de selección, ha sido sustituido por criterios de selección en los que prevalece el factor precio olvidando la calidad de los bienes o servicios a adquirir.

En este sentido, los procesos de selección de menor cuantía se han constituido en la regla general y se han sustituido los criterios de calidad propios para la licitación pública por los criterios propios de menor precio establecidos para las demás modalidades de selección.

La Evaluación de las propuestas en los procesos licitatorios, colusión y los controles de la Administración para una gestión contractual transparente

El proceso de evaluación de las propuestas, es uno de los momentos en los cuales se evidencian grandes dificultades alrededor de los procesos de selección en el marco del sistema de compras públicas.

Si la Administración no se ha ajustado al principio de planeación desde la identificación de la necesidad por la cual se justifica contratar y desde la elaboración de los Estudios Previos, difícilmente en la etapa de evaluación de las propuestas se podrá materializar la selección objetiva.

Un informe reciente de la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2014) advierte sobre los vicios que se presentan en los procesos de selección referente a las prácticas colusivas que se evidencian al momento de evaluar las propuestas.

Entre las prácticas que favorecen la colusión de los proponentes en los procesos de selección, pueden evidenciarse las siguientes:

Ofertas de Resguardo: Se presentan cuando dos o más proponentes acuerdan presentar ofertas y se configura alguno de los siguientes elementos:

- Un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado.
- Un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador.

Supresión de Ofertas: Involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad, de manera que se adjudique al ganador designado.

Rotación de Ofertas: En esta modalidad, los proponentes acuerdan tomar turnos para ganar la adjudicación del contrato, quién sea el oferente con el precio más bajo, ganará entre quienes realizaron el acuerdo.

Asignación del Mercado: Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acuerdan asignarse ciertos clientes, a cambio el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que la corresponde a la otra empresa según el acuerdo.

Sleeping Partners: En una asociación de proponentes, una de las partes entra en el negocio sin jugar un rol activo en la ejecución del contrato. Es común en las uniones temporales y consorcios, uno de los socios “presta” la experiencia, capacidad financiera u organización, solo para obtener la adjudicación del contrato.

Low Balling: El proponente realiza ofertas económicas agresivas, con debilidades en cuanto a su viabilidad financiera a largo plazo, debido a una propuesta de precios dudosamente bajos, que elevan considerablemente la posibilidad de posteriores redefiniciones en

sede administrativa del equilibrio económico del contrato.

Por supuesto que la constante utilización de las prácticas colusivas anteriormente descritas por parte de los proponentes ha originado una serie de medidas por parte de los entes contratantes para luchar contra éstos, por ejemplo, la inclusión de compromisos anti-colusión en los pliegos de condiciones o la verificación financiera y técnica de las propuestas de acuerdo a criterios de media geométrica previamente establecidos, mejora la libre concurrencia de los proponentes y el panorama para su correcta selección, sin afectar la competencia.

Los errores más comunes que se muestran en los procesos de evaluación parten como antes se ha dicho de una indebida elaboración de los Estudios Previos y en consecuencia, de un desconocimiento de los criterios técnicos y financieros que debe fijar la Administración desde el momento en el cual se va a justificar la contratación para satisfacer las necesidades del Estado.

En este sentido, es común encontrar situaciones que permiten una renegociación especulativa propiciada por un cálculo malintencionado del proponente para “avisar” de manera intempestiva la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas, aduciendo errores en los criterios técnicos o errores en los aspectos financieros por parte de la Administración y que eventualmente ocasionarían graves perjuicios de seguir en la ejecución.

Finalmente será oportuno destacar, que no solo corresponde a la Administración ajustarse a los presupuestos de la debida planeación contractual, sino además, fijar unos criterios de ponderación y calificación claros y precisos al momento de evaluar, para evitar suspicacias y cuestionamientos al proceso de evaluación, así como la separación de las labores

de estructuración del proceso y evaluación del mismo por la misma persona para evitar una concentración de poder innecesaria sobre los procesos y brindar la transparencia sobre los mismos.

La audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública: Un sistema ineficiente

A partir de lo previsto en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se estableció la existencia de una etapa dentro de los procesos de Licitación Pública que permitiera a la entidad contratante estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles en la contratación, atendiendo a los lineamientos de política pública previstos por el CONPES 3714 de 2011.

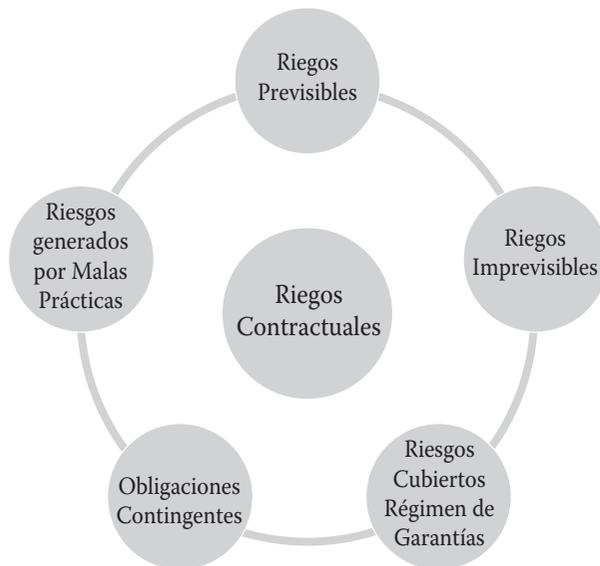
El artículo 4° ejusdem, define:

“(...) Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad **revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva (...)**”*

Como se observa en el acápite en negrilla, en el caso de la Licitación Pública se incluye una etapa en la cual, antes de la presentación de las ofertas, la Administración en conjunto con la Entidad contratante tienen la oportunidad de revisar la asignación de los riesgos contractuales, con el fin de establecer su distribución definitiva.

De acuerdo al CONPES 3714 de 2011, los riesgos contractuales se clasifican en:

Ilustración 1. (Conpes 3471 de 2011)

Lo anterior, significa que la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, deviene en un mecanismo de control directo que le permite a la Entidad fijar claros derroteros sobre su responsabilidad sobre los riesgos que sobrevengan a la actividad contractual.

Pese a que los lineamientos de mitigación del riesgo en la contratación del sector de Infraestructura ya se habían definido en el CONPES 3107 de 2001 por parte del Gobierno Nacional, lo cierto es que el Estado no había adoptado las medidas necesarias para mitigar los riesgos en la contratación, a modo de ejemplo, aquellos contratos de concesiones viales denominados de 1° y 2° Generación demostraron la ineficacia del Estado al momento de asumir una política de control de riesgos contractuales, viendo lesionado el erario pública a costas de los incumplimientos por parte de los contratistas.

La mayor dificultad en la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos en la Licitación Pública, sigue siendo pues, la falta de una matriz definida con claridad y precisión de los riesgos que se van a asignar, por supuesto, es un gran paso la exigencia de una etapa del proceso licitatoria que conmine a la Entidad y al

oferente a sentarse para definir la distribución de los riesgos en cuanto a sus responsabilidades, sin embargo, carece de eficacia al momento de determinar la responsabilidad, pues las entidades no dedican su esfuerzo a construir una política de prevención del daño contractual, luego, solo es una etapa más.

La revocatoria del acto de adjudicación: Entre el formalismo y el deber de probar

Una de las situaciones con mayor complejidad que se presentan en el desarrollo de la Licitación Pública, tiene que ver indiscutiblemente con la revocatoria del acto de adjudicación, lo que ha generado serias discusiones sobre su aplicabilidad en muchos casos, ya sea por la excesiva rigurosidad de la Administración o por las maniobras torticeras de los proponentes para engañar a la Entidad.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 9° inciso 3 de la Ley 1150 de 2007, el acto de adjudicación, en principio, es irrevocable:

“(…) Artículo 9°. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante, lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad

o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar (...) (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, si bien es cierto, el legislador contempla la irrevocabilidad del acto administrativo por el cual se adjudica una licitación, en salvaguarda de la seguridad jurídica, lo cierto es que abre la oportunidad a la Administración de revocar dicho acto solo cuando “el acto se obtenga por medios ilegales” o “sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad” para que se pueda ejecutar acorde a los principios de transparencia el contrato adjudicado.

Y tiene sentido, que la Administración tenga la potestad de revocar el acto de adjudicación si este se ha logrado mediante actos ilegales, no obstante, esto conlleva un riesgo, y es que la Administración en ejercicio de todas las herramientas que posee, logre “demostrar” que ha sido así; es decir, la carga probatoria en cabeza del Estado se activa para verificar y constatar que efectivamente el acto de adjudicación del proceso licitatorio nació por medios abiertamente ilegales y, en consecuencia contrarios a la Constitución.

Dicha situación, encierra un sinnúmero de cuestionamientos por parte de las actuaciones desplegadas por la Administración para demostrar la ilegalidad del acto, a nuestro juicio, no queda claro un procedimiento para

demostrar esa presunta “ilegalidad” del acto de adjudicación y puede ocasionar que la Entidad contratante en ejercicio de su poder de discrecionalidad termine por configurar una actuación arbitraria que afecte los intereses del proponente y que en consecuencia sea mucho más gravosa para los intereses del Estado, pues se afectaría en últimas, el principio de confianza legítima.

Ahora bien, es indiscutible que la revocatoria del acto de adjudicación pueda efectuarse por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, estimamos acertada tal situación, puesto que en aras de concretizar los fines de la contratación estatal previstos en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, es por supuesto, una medida necesaria.

Sin embargo, es oportuno reflexionar sobre los inconvenientes que se presentan en cuento a las excepciones contenidas en el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007, sino que además, el tiempo definido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, lo en la práctica es un tiempo relativamente corto y que en caso que existan medios “ilegales” para la adopción del acto de adjudicación y la Administración no logre detectarlos en el momento preciso, se convertiría per se en un asunto de responsabilidad contractual y el mecanismo judicial para atacarlo sería distinto.

Es relevante estacar, que las causales de revocatoria contenidas en la Ley 1150 de 2007, en concordancia con la Ley 80 de 1993, podrían interpretarse a la luz del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, que reza:

“(...) Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*

3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (...)*”

No obstante, a lo anterior, se podría discutir si las causales establecidas en la Ley 1150 de 2007 serían excluyentes de la normatividad arriba citada por ser una norma de carácter especial para la contratación pública, y entonces entraríamos a debatir sobre la aplicación de criterios hermeúticos sistemáticos.

Lo cierto, es que frente a la revocatoria del acto de adjudicación se centran grandes discusiones, que en su aplicabilidad terminan por ser desconocidas por las entidades contratantes dado a un excesivo formalismo y falta de herramientas para contrarrestar los eventuales actos de ilegalidad que justifiquen una revocatoria.

Conclusiones

Este escrito ha pretendido identificar a grandes rasgos los principales inconvenientes que se presentan en la aplicación de la normatividad vigente respecto a la Licitación Pública y el principio de selección objetiva, y en concreto, se han podido identificar los siguientes desafíos que se ciñen en relación con esta figura, así:

Los actos de corrupción, como las prácticas de colusión, desfiguran por completo la selección objetiva que se debe predicar de los procesos licitatorios, y atenta contra la fiabilidad para la escogencia de los proponentes.

Corresponde a la Administración adoptar medidas realmente fuertes para evitar las prácticas colusivas que desconocen el principio de selección objetiva y se constituyen en una práctica desleal que afecta el principio de libre concurrencia de los proponentes.

Para el Estado cobra vital relevancia la figura de la Licitación Pública, pues dicha modalidad de selección para dar publicidad y

brindar transparencia a los procesos, en consonancia con el principio de selección objetiva, otorgando así legitimidad a sus actuaciones y confianza al ciudadano para participar en ellos.

Los mecanismos previstos para evaluar el riesgo en los contratos incluidos por la Ley 1150 de 2007 como la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos, si bien representan un gran avance en cuanto a su verificación por las partes dentro del procedimiento de Licitación Pública, termina por ser obsoleto si no se realiza una revisión sustancial sobre la asignación de los riesgos.

La revocatoria del acto de adjudicación, debe servir como una herramienta excepcional para enmendar situaciones que amenacen la materialización de los principios de la contratación estatal, no debe ser un instrumento para vulnerarlo, acudiendo a formalismos.

Finalmente, la salvaguarda del principio de selección objetiva se constituye en la médula espinal para que el Estado logre procesos de selección, como la Licitación Pública, más transparentes y abiertos a la participación de todos los ciudadanos, que en el marco del principio de publicidad, genere más confianza y se preste para adelantar procesos de rendición de cuentas a la sociedad, brindando con esto una mayor confiabilidad de las actuaciones desplegadas por la Administración.

Referencias bibliográficas

Documental

Congreso de la República de Colombia. Ley 80 de 1993.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1150 de 2007.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1474 de 2011.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp.12037. Sentencia del 19 de julio de 2001.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-380 de 2008.

Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C-403 de 2010.

OCDE. (2014). *Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*.

PNUD. (2011). *Manual de Buenas Prácticas en Gestión Contractual*. Bogotá D.C.: PNUD.

Presidencia de la República, Colombia. Decreto 1082 de 2015.

Safar Díaz, M. (2011). *Análisis Económico de los procedimientos de selección de contratistas en el ámbito jurídico colombiano: Ineficiencias del sistema*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

En Internet:

Visualising the corruption perceptions index 2014, en Transparency International, en <https://www.transparency.org/cpi2014/info-graphic/global>

Blanco, C (2010) Procesos de selección de contratos estatales: Armonización legislativa en la Comunidad Andina (CAN) en Revista *Verba Iuris*. Edición No. 24 enero - junio de 2010. <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/24/procesos-de%20selecci%C3%B3n-de%20contratos-estatales-armonizaci%C3%B3n-legislativa-en-la-comunidad-andina.pdf>