

LA REGLA O EL PRINCIPIO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA*

RULE OR PRINCIPLE OF OBJECTIVE SELECTION IN COLOMBIAN PUBLIC CONTRACTING

*Milton Jojani Miranda Medina***

CITAR ESTE ARTÍCULO COMO: MIRANDA, M. (2016). LA REGLA O EL PRINCIPIO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA. *REVISTA VERBA IURIS*, 11(35), PP. 65-84.

Resumen

En la legislación colombiana, la selección objetiva es tratada como principio de la contratación estatal, o como principio orientador de los procesos de selección, pero al mismo tiempo, es concebida como un deber -regla de conducta- en la actividad contractual. Mientras que para la jurisprudencia la selección objetiva, es una regla de conducta de la actividad contractual y un principio que orienta los procesos licitatorios, que permiten la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

Fecha de Recepción: 26 de noviembre de 2015 • Fecha de Aprobación: 10 de marzo de 2016

- * El presente artículo, es producto del proyecto de investigación: “*LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA ENTRE EL PRINCIPIO Y LA REGLA*” para optar al título de Magíster en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás.
- ** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Doctorando en Derecho Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Master en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos de la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC. Se desempeña como Asesor, Consultor y Conferencista en temas de Derecho Público. Correo Electrónico: mjmm0414@hotmail.com

Reception Date: November 26, 2015 • Approval Date: March 10, 2016

- * This article is the product of the research project: “*OBJECTIVE SELECTION IN COLOMBIAN PUBLIC CONTRACTING BETWEEN THE PRINCIPLE AND THE RULE*” to obtain the title of Master in Public and Private Contractual Law from Universidad Santo Tomás.
- ** Lawyer from Universidad Libre de Colombia. PhD in Law from Universidad Sergio Arboleda. Master of Law – LLM in Public and Private Contractual Law from Universidad Santo Tomás. Master of Conflict Mediation, Negotiation and Resolution from Universidad Carlos III of Madrid. Specialized in Government Contracting from Universidad Externado de Colombia. Specialized in Evidence Law from Universidad Sergio Arboleda. Specialized in Human Rights Education from Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC. He serves as Advisor, Consultant and Lecturer of Public Law. Electronic mail: mjmm0414@hotmail.com

A pesar que la doctrina y la jurisprudencia aceptan indistintamente la dualidad de la selección objetiva, se considera que para que pueda existir un fundamento legal, ésta debe sustentarse primero, en una relación contractual y dos, en los preceptos legales. Es decir, que para poder hacer imputaciones de responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria por la acción o la omisión del servidor público, es necesario concebir la selección objetiva como un mandato legal establecido para una relación contractual determinada, contrario *sensu*, no es posible tal imputación debido al carácter abstracto e indeterminado del principio.

Palabras clave: Regla, principio, deber, selección objetiva, contratación estatal.

Abstract

In Colombian law, objective selection is treated as beginning of the Contracting State and conceived as duty-rules of conduct-contractual activity, as well as a guiding principle of the selection processes. While the jurisprudence for the objective selection, it is a rule of conduct of contractual activity and a principle, which guides the bidding, processes, allowing the choice of the most advantageous offer for the collective interests pursued by the recruitment.

While the doctrine and the jurisprudence accept either the duality of the objective selection, is considered that you for there is a legal basis, it should support first, in a contractual relationship, and two in the legal precepts. To make allegations of criminal, disciplinary or fiscal responsibility by action or omission of the public servant, whereas conceive the objective selection as a legal mandate for a particular contractual relationship, not sense, it is not possible such allocation due to the abstract and indeterminate nature of the principle.

Key word: Rule, principle, duty, objective selection, government contracting.

Introducción

Las presentes líneas pretenden analizar la naturaleza de la selección objetiva en la contratación pública colombiana, a la luz de los planteamientos hechos por la doctrina y jurisprudencia, teniendo en cuenta, que el tema ha cobrado gran importancia en el debate académicos en los últimos años, debido a que la norma contractual no hace una expresa distinción entre principio y regla, siendo aplicada con este mismo criterio, por las entidades públicas en el ámbito de la práctica contractual y en consecuencia la selección objetiva de oferentes, puede distanciarse del mandato constitucional respecto a la función administrativa.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, cobra relevancia el debate teórico, que se genera entorno a la aplicación de los principios y las reglas, toda vez que existe tendencias que los considera como fuentes principales del sistema jurídico y como normas de obligatorio cumplimiento que señalan deberes, mandatos, obligaciones o prohibiciones irrestrictas; dicho dilema no ha sido estudiado a profundidad, al punto que en ocasiones la doctrina y la jurisprudencia se refieren indistintamente a una y otra categoría, sin considerar las implicaciones que en algunos escenarios jurídicos, puede generar tal consideración.

En el escenario de la contratación pública colombiana, se considera que existe una serie de vacíos legales, en virtud que el legislador con fundamento en el principio de configuración legislativa, otorga a la selección objetiva una connotación dual al considerarla al mismo tiempo como principio y regla o deber, sin examinar las consecuencias que tendría en algunos contextos concretos la aplicación de la misma categoría, o peor aún, aplicar las consecuencias que derivan del incumplimiento de un principio o de una regla o viceversa.

1. Antecedente normativo de la selección objetiva en la contratación colombiana

Los antecedentes regulatorios de la contratación estatal en Colombia, se remontan al Decreto ley 150 de 1976, normativa que no contemplaba la selección objetiva, ni como principio ni como regla en la contratación Estatal, para aquella época se establecieron los llamados criterios para la adjudicación, que debían ser tenidos en cuenta por la administración al momento de adjudicar a un licitante, siempre que su oferta fuere la más favorable y se ajustara a las condiciones establecidas por la administración¹.

Con el advenimiento del Decreto 222 de 1983, en su artículo 33 se contemplaban los llamados requisitos, para la escogencia del contratista, dentro de los que se contemplaba

el, precio, el plazo, la calidad, el cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica capacidad técnica, organización, equipos y experiencia de los oferentes.

La ley 80 de 1993, consagró el deber de la selección objetiva, teniendo en cuenta que en su momento señaló que: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. (Artículo 29 de la ley 80, 1993). De la literalidad del enunciado podría pensarse que, al hablarse del deber de la selección objetiva estaríamos de entrada ante una regla impuesta por el legislador a todas las entidades del Estado en el trámite de los proceso de selección de contratistas, sin embargo, basta escudriñar en distintos apartes de la citada ley para encontrar una aparente contradicción en la denominación que quiso brindar el legislador a dicho precepto.

Así por ejemplo el párrafo 2 del artículo 24 de la ley 80, al referirse a la obligación del gobierno nacional de expedir un reglamento para la contratación directa recabó que dichas disposiciones deberían garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y selección objetiva, previstos en la ley. De igual manera, el párrafo 3 del mismo artículo 24 al referirse a la venta de bienes de las entidades estatales expreso que la selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva. A su paso, el artículo 38 de la citada ley al referirse al régimen especial de las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones,

¹ A pesar de lo dispuesto, y como consecuencia del fenómeno de la globalización, el incremento de la competitividad del comercio de bienes y servicios, requiere de procedimientos y operacionales únicos y simultáneos, que simplifiquen y faciliten el flujo de comercio (Blanco, 2011)

señala que los procedimientos que adopten esas entidades para el cumplimiento de las disposiciones previstas en dicha normativa deberán desarrollarse bajos principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

La ley 80 de 1993, fue derogada parcialmente por la ley 1150 de 2007, esta nueva disposición legal, en materia de principios ordena con fundamento en lo dispuesto en el artículo 13, que las entidades públicas deben acogerse y aplicar los principios de la función administrativa contemplados en los artículos 209 y 267 de la Norma Superior.

La ley 80 de 1993, en palabras del profesor Solarte (2010), justifica su existencia en el régimen jurídico colombiano, en la medida, en que sus reglas hagan posible el cumplimiento del principio de transparencia que permite la selección objetiva de los contratistas del Estado. Pareciera que para algún sector de la doctrina, la selección objetiva viene siendo una regla que desarrolla el principio de la transparencia y dicha posición se afianza más cuando, decimos que, los pliegos de condiciones en los procesos de selección de contratistas deben contener reglas claras, objetivas y justas. Al respecto Guecha (2010) dice que, el pliego de condiciones en principio y en cuanto a los factores de selección, lo que hace es establecer criterios de comparación, ponderación y evaluación, ya que en sí, los factores ya están previstos de manera genérica en la ley, cuando el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 refiere los mismos.

Sin embargo, algunos, Mendoza y García (2009) se refieren a la reformulación del principio de selección objetiva, al que se llega a partir de la expedición de la ley 1150 de 2007, al establecer los famosos criterios

de “pasa” y “no pasa”, situación que conllevó a una separación entre los requisitos del proponente y de la oferta. Lo anterior no es otra cosa que la manifestación de ese precepto de la selección objetiva cuya naturaleza hemos tratado de descifrar en este trabajo y que cobra gran relevancia, pues atañe nada más ni nada menos que a la selección de contratistas del Estado, y en la que, según lo expone Bermúdez (2010) se deben distinguir dos aspectos, el criterio con el cual el Estado realiza la escogencia² y el procedimiento que utiliza para tal fin³. De donde podemos extraer que, si es cierto, genéricamente hablamos de selección de contratistas, la selección objetiva se desarrolla circunscrita únicamente a “los criterios de escogencia” que deben tenerse en cuenta en los términos del artículo 5 de la ley 1150.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones normativas y retomando la discusión, la jurisprudencia, en numerosas sentencias ha reiterado, la diferencia que existe entre regla y principio y advierte la importancia de la aplicación de los principios como axiomas orientadores de la regla en la función contractual estatal. Respecto al tema de la selección objetiva en Colombia, como un principio de la contratación estatal, que involucra una regla o deber, sin realizar ninguna precisión o distinción entre lo que es una institución y otra, la Corte Constitucional, se refiere al

² Por ejemplo, para el caso de los bienes de características técnicas uniformes y de común utilización el mismo artículo 5 que desarrolla la selección objetiva establece como único criterio para realizar la escogencia el menor precio, prohibiendo a su paso la consideración del mismo en la selección de consultores.

³ El procedimiento está dado por las modalidades de selección que establece el artículo 2 de la ley 1150.

tema en los siguientes términos: “El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal”. (Corte Constitucional, sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis).

El Consejo de Estado en varias ocasiones se ha referido al tema, en los siguientes términos: “La selección objetiva es un deber-regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección”. (Consejo de Estado, 3 de diciembre de 2007. Expediente 31447, C.P. Ruth Estela Correa). de igual forma, ha expresado: “Ahora bien, la experiencia, como factor de escogencia, conforme al principio de selección objetiva, se entiende como el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación u oficio.” (Consejo de Estado, 14 de abril de 2005. Expediente 25094, C.P. German Rodríguez Villamizar).

En la sentencia del 7 de octubre de 2009, el Consejo se ha referido a la selección objetiva de la siguiente forma:

Si la ley, en desarrollo del principio de selección objetiva, enlistó algunos criterios a manera de enunciación para que fuese la administración la que determinase en cada caso concreto, y según las necesidades del servicio, al reglamento no le es dable variar esta decisión del legislador para, en su lugar, imponer una diversa. Por otra parte, tal y como lo afirman los demandantes, de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los pliegos de condiciones o los términos de referencia que se deben elaborar por la entidad pública con la

debida antelación a la apertura del proceso son los instrumentos que hacen realidad el deber de selección objetiva, como quiera que determinan las reglas que posibilitan la selección de la propuesta más favorable”. (Consejo de Estado, 7 de octubre de 2009. Expediente 110010326000201000038 00 (39.040), C.P. Ruth Estela Correa).

De igual manera, en la sentencia del 20 de mayo 2010, expresó: “La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación”. (Consejo de Estado, 20 de mayo de 2010. Expediente 11001-03-06—000-2010-00034-00 (1992). C.P. Enrique José Arboleda).

De los textos jurisprudenciales, se puede leer que las Cortes al referirse a la selección objetiva, no se detienen hacer un análisis completo tendiente a diferenciar los conceptos de principio o regla; por el contrario, le otorgan a la selección objetiva, indistintamente una u otra categoría, de suerte que el panorama no se encuentra muy claro, lo cual, solo permite adicionar una razón más para expresar en las próximas líneas algunos planteamientos, que pueden contribuir a desentrañar si la selección objetiva obedece a un principio o a una regla de la contratación estatal en Colombia.

2. La selección objetiva como principio de la contratación estatal

Empecemos esta parte del trabajo, haciendo un análisis de la selección objetiva, a la luz de los planteamientos hechos por algunos

autores, la Constitución y las leyes de contratación estatal. Recordemos que para un sector de la doctrina los principios son verdaderas normas, porque igual que las reglas dicen lo que debe ser. Los principios son mandatos de optimización, por cuanto son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible permitido, por las condiciones jurídicas y fácticas existentes. (Yong Samuel, 2013).

Así las cosas, con base en lo estudiado en el capítulo anterior, se puede decir que los principios, en situaciones reales ceden su puesto frente a otros, es decir, que frente a un caso de colisión de dos principios en un juicio concreto, uno se aplica y el otro no, sin que ninguno pierda validez; sin embargo, para quienes le otorgan el carácter de principio de la contratación estatal a la selección objetiva, se hace necesario preguntar: ¿si en desarrollo de la actividad contractual, dicho principio debe o puede ceder frente a otro principio?, o peor aún, ¿si debe ser aplicado en cada proceso de selección en la mayor medida de lo posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídica existentes para cada caso concreto?

Si bien es cierto, del concepto de principio se pueden forjar diferentes acepciones, para Yong (2013) “el estatuto contractual colombiano, le da un sentido particular, en cuanto lo concibe como una norma rectora que se debe aplicar en los procesos de contratación estatal, por quienes la realicen y seleccionen o interpreten una norma para aplicarla a un caso relacionado con aspectos contractuales”. (p. 43).

A este respecto, González (2010), considera que en la contratación pública colombiana, los principios que deben ser aplicados en los procesos de selección, constituyen un verdadero criterio orientador para los diferentes

actores que confluyen al escenario público contractual, criterios orientadores que de no ser tenidos en cuenta, pueden afectar la validez de las actuaciones donde se pretermitieron. Los principios de selección deben orientar todo el contenido de los pliegos de condiciones de tal manera que su violación afecta la validez del pliego de condiciones y del proceso contractual, pues se encuentran consagrados en la ley o pueden extraerse de su contenido normativo. (pp. 60- 61).

De igual forma, la Constitución de 1991, en el artículo 209, consagra los principios de la función administrativa del Estado, como principios de rango constitucional, no obstante que el constituyente no se haya referido a la selección objetiva en particular como principio de raigambre constitucional, la selección de los contratistas, se constituye en el ejercicio verdadero de la función administrativa del Estado, por satisfacer el interés general.

Por su parte, la ley 1150 de 2007, ha considerado que es objetiva la selección cuando en la escogencia se haga el 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones y sus equivalentes tendrán en cuenta los criterios señalados en la mentada disposición. (Artículo 5).

Para Rodríguez Libardo (2005), el tema de la selección objetiva, es clasificado como una institución cuando se referiré a ella en los siguientes términos: “un principio de la contratación estatal consagrado en el artículo 29 del estatuto, consistente en escoger el contratista que hace el ofrecimiento más

favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva”. (p. 403).

En la doctrina contemporánea encontramos que los autores se refieren a la institución de la selección objetiva como un principio de la contratación estatal sin detenerse en el análisis de si representa o no la categoría de principio. Tal es el caso de Molano Mario (2009), que concibió el estatuto como “una ley en cuyo texto se configuraran las reglas básicas de los principios rectores de la contratación estatal como en efecto lo son el artículo 24 al 30 en que se desarrollaron los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y equilibrio económico y financiero del contrato estatal”. (p.29). Por su parte los profesores Castro, García y Martínez (2010) consideran que, el principio de objetividad tienen por objeto asegurar la igualdad de oportunidades y la selección del oferente más solvente y capaz, y que dicho principio tiene básicamente dos manifestaciones, por un lado la exigencia de establecer unas reglas claras previas y por otro que la adjudicación se decida única y exclusivamente con base a esas reglas previas.

Por su parte, Suarez Gonzalo (2009), dice que cuando el artículo 29 de la Ley 80, derogado por la reforma, definía el principio de selección objetiva, citaba los factores de selección objetiva mezclando en esa enunciación circunstancias atinentes al proponente y aquellas relativas a la oferta misma “de esta manera, resultaba potestativo de la entidad dar puntaje a circunstancias relacionadas con el proponente lo que en el peor de los casos permitía el direccionamiento de los procesos hacia un determinado proponente o hacia un grupo, con evidente perjuicio de

la transparencia que debe presidir el proceso” (p. 60). Mientras que Santofimio Jaime (2010), considera que la norma que erige el principio de selección objetiva, debe interpretarse de manera conjunta e integrada con los demás principios orientadores de la actividad contractual, como lo son la de la transparencia, economía, y responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993. (p. 60).

Para Castro Carlos (2011), el principio de selección objetiva tiene por objeto asegurar la igualdad de oportunidades y la selección del oferente, y por lo tanto, tiene diversas manifestaciones. (p. 29). Para el Profesor David Suarez, la Selección Objetiva es un principio base de la contratación estatal, al afirmar que: “se deriva de los arts. 6 y 121-124 C.P en concordancia con el artículo 5 Ley 1150/07”. (p.106). Mientras que para Fandiño (2014), la selección objetiva es uno de los principios más importantes en los procesos de selección, propio de todas las modalidades de selección de contratistas. Considera que este principio no significa pluralidad de oferentes, porque si bien la selección debe propiciar la concurrencia de oferentes, lo es también que en algunos casos la escogencia podrá realizarse con la presencia de un solo oferente. Se trata de escoger la mejor oferta más favorable en cuanto no pueden aparecer consideraciones de orden subjetivo para realizar la selección del contratista, tales como razones políticas, de raza, credo o nacionalidad y observar las reglas que dispone la ley, para asegurar el ofrecimiento más favorable. (p. 145).

Nótese que la doctrina traída al escenario de la investigación, tiene una ligera inclinación conceptual al considerar a la selección objetiva como un principio o un deber y dista

un poco a creer que es regla. La mayoría de los autores coinciden en afirmar que es un principio esencial en los procesos de contratación estatal y un deber para las entidades que se debe llevarla a cabo en los pliegos de condiciones, consideraciones que compartimos por ser más afines con el término y concordante con el fin que se persigue.

También se observa que los planteamientos descritos, reconocen que la selección objetiva es un principio de la contratación estatal, inmerso en los procesos de selección de contratistas tramitados por las entidades estatales, dicha acepción tiene sustento jurisprudencial, donde también se reconoce como verdadero principio de contratación estatal. Sin embargo, es necesario precisar que en la mayoría de las ocasiones la jurisprudencia, trata indistintamente al término de selección objetiva, sin dar importancia a la categoría como tal. A continuación se revisará lo que dice la jurisprudencia sobre el principio de la selección objetiva.

3. La selección objetiva a la luz de la jurisprudencia

En la sentencia C-949, en virtud de la importancia del principio de selección objetiva del contratista para los fines del Estado, la Corte subió la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista, al rango constitucional por excelencia dirigido a la selección objetiva. En particular, la Corporación resaltó la importancia de los principios de libre concurrencia y la igualdad entre proponentes, como fundamentos esenciales del proceso de contratación estatal. (Corte Constitucional, sentencia-949 de 2001. MP. Clara Inés Vargas); es más, la Corte en la sentencia C-400, determina que el constituyente

le confirió categoría de validez jurídica a la licitación pública, al dejarlo expresamente mencionado en el artículo 273 Superior. (Corte Constitucional, sentencia-400 de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Vale aclarar que aunque la Constitución Política en el mencionado artículo, solo se refiere a la licitación pública como modalidad de selección, no está por demás concebir que dicha validez jurídica se extiende a la figura de la selección abreviada, al concurso público y la contratación directa.

Para el Consejo de Estado⁴, la selección objetiva la reconoce como uno de los principios orientadores de la contratación estatal, al incluirlo dentro de la variada gama de principios orientadores de la contratación, cuando señala:

Al igual que ocurre en todos los contratos estatales, la escogencia del contratista se debe hacer siguiendo los principios orientadores establecidos en la ley: selección objetiva, economía, transparencia, entre otros. Los pliegos de condiciones deben tener claramente definidos, los requisitos para participar dentro del proceso licitatorio, así como la minuta del contrato que se pretende celebrar. Es por ello que la experiencia exigida al proponente es un requisito que permite predicar la selección objetiva. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio de 4 de 2008. MP. Miriam Gurrero de Escobar. Exp. 17783).

⁴ El Consejo de Estado se pronuncia al tema de la justicia arbitral, con ocasión del fallo surgido por controversia contractuales entre la Promotora de Construcciones e Inversiones Santana S.A. vs Distrito Capital de Santafé de Bogotá vs Compañía Aseguradora de Finanzas S.A el 18 de diciembre de 2000.

Son muchas las referencias que pueden encontrarse en la doctrina y en la jurisprudencia que hacen alusión al principio de la selección objetiva, y en ese intento por definir la categoría a la que pertenece dicha institución, encontramos que en los escenarios en donde se le otorga la categoría de principio, es muy notable que emerjan características como la generalidad del criterio mismo, que lo convierte en una directriz o derrotero que guía los procesos de selección de contratistas, que se tramitan en las entidades del Estado, cuyo único fin debe ser la satisfacción del interés general.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la selección de contratistas para cumplir con el requisito de objetividad debe caracterizarse por: 1) Ausencia total de subjetividad; 2) Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3) Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4) Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio de 4 de 2008. MP. Miriam Gurrero de Escobar. Exp. 17783).

Si bien es cierto, existe una línea jurisprudencial y doctrinal que reconoce a la selección objetiva como un principio de la contratación estatal, no puede desconocerse que para la materialización de dicho principio se han creado una serie de requisitos, o se han desagregado una serie de factores que deben estar presentes en el proceso de selección de contratistas, y deben ser estructurados por

cada entidad de manera previa al inicio de cualquier proceso de selección, lo que implica en primera medida que, la selección objetiva se encuentra supeditada a la existencia de un proceso de selección de contratistas, pues es en el marco de los procesos de selección donde se exige precisamente cualquier ausencia de subjetividad, donde debe existir una comparación minuciosa de las ofertas, de cara a unos criterios previamente establecidos, que impliquen una verdadera selección objetiva de la oferta que sea más favorable a la entidad.

Si el principio de la selección objetiva, se da en el marco de unos procedimientos de selección previamente establecidos por el legislador, ¿qué pasa cuando dichos procedimientos no existen, por mandato legal?, como en el caso de la urgencia manifiesta, ¿sería factible pensar que en dicho caso, nos encontramos frente a una colisión de principios, en donde debe ceder la selección objetiva frente a otros principios de mayor categoría?, o ¿será mejor pensar en que la urgencia manifiesta, que en palabras del profesor Alexy⁵, es una cláusula de excepción, prevista por el legislador para dirimir un conflicto entre reglas?

Aceptamos entonces que la selección objetiva debe ser vista como un principio rector de la contratación estatal que se da en el marco de un procedimiento de selección de contratistas, que los principios son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles, pero que sin embargo

⁵ ALEXY, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Y ALEXY, R. (2010). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Segunda edición en castellano Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

no dejan de caracterizarse por su generalidad, lo que hace que sean aplicables a una generalidad de casos. No obstante, el criterio de la generalidad que reviste a los principios tiende a desaparecer, si nos atenemos a la literalidad del texto contenido en el derogado artículo 29 de la ley 80 y en el actual artículo 5 de la ley 1150 de 2007, donde se establece claramente unos criterios que se deben tener en cuenta por las entidades estatales, para la escogencia de la oferta más favorable, haciendo así de la generalidad que reviste al principio una particularidad y especificidad propia de las reglas.

Ahora bien, ¿si la selección objetiva es un principio, podría existir la posibilidad, en un determinado caso, que dicho principio colisionara con otro y que tuviera que ceder y ser inaplicable al resolver dicha colisión bajo los criterios de ponderación? Esta es una pregunta que queda por resolver porque en el ejercicio propio de un proceso de selección, son muchas las variables que entran en juego y la entidad no se detiene a confrontarlas, pues lo importante es cumplir el fin, cual es el de seleccionar la oferta más favorable.

Además, el principio de la selección objetiva como se encuentra concebido en la actualidad, no puede decirse que tenga un carácter universal, móvil o cambiante o que sea adaptable ante distintas situaciones; todo lo contrario los criterios previstos en el artículo 5 de la ley 1150 enuncian unas prerrogativas que deben ser cumplidas para cada modalidad de selección de contratistas, sin que fuere predicable entonces decir, que el principio de la selección objetiva se cumple en mayor o menor grado en cada caso particular.

Todos estos interrogantes abren la puerta para dudar, de la selección objetiva vista como un verdadero principio de la contratación

estatal, y nos llevan a analizar si tal precepto, tendría cabida en el campo de las reglas. Sobre el particular cabe resaltar que la doctrina contemporánea más autorizada sobre la materia se ha cuestionado sobre la categoría que ha de otorgarse, al concepto de la selección objetiva, en esta dirección el profesor Matallana (2009), reconoce la selección objetiva como un principio al afirmar que: “Como complemento del principio de selección objetiva se introdujo por parte del legislador una norma que excluye la posibilidad de eliminar ofertas cuando se trate de documentos no comparativos de ofertas; se garantiza con ello el mayor número de ofertas para escoger la que ofrezca las mejores condiciones para la entidad”. (p. 473). Sin embargo, el autor reconoce acertada la crítica hecha por el Profesor Juan Carlos Expósito Vélez (2009), quien considera la selección objetiva como un deber de las entidades y no un principio de la contratación estatal, al expresar:

En consecuencia, podemos concluir que la selección objetiva no es simplemente un principio de la contratación estatal que la administración debe tratar de cumplir, si no que se trata de un auténtico deber, que estructurado como regla jurídica es de imperativo cumplimiento para la administración respecto de todas las tipologías contractuales y en todos los procedimientos de selección de contratistas. (p. 139).

De lo expuesto, se puede observar que los esfuerzos hechos por la doctrina y la jurisprudencia no han sido suficientes para concluir con certeza absoluta, el hecho de que la selección objetiva sea un principio o una regla, no obstante que ambas, en algunos momentos hayan llegado a reconocer que dicha institución, pertenece a la categoría de los principios.

En otras palabras, aunque podemos sostener que la selección objetiva es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisado en cada situación en particular, no escapa de la esencia de su definición que la elección del contratista debe obedecer exclusivamente a una decisión neutral y por lo tanto producto de una administración imparcial, esto es, sujeta única y exclusivamente al interés general.

4. La selección objetiva como deber

Al concluir el segmento anterior, se trajo al escenario la línea defendida por el profesor Expósito Vélez (2009), quien estima en palabras más, palabras menos, que la selección objetiva no es un principio de la contratación estatal, sino un deber que configurado como regla tienen y deben cumplir todas las entidades del Estado en la selección de los contratistas, criterio que es mantenido por el autor y afianzado en uno de sus trabajos académicos más recientes, en donde sobre el particular señala:

(...) La finalidad de todas las anteriores modalidades de selección de contratistas es dar efectividad al deber de selección objetiva, de tal manera que se garantice, la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes señalados en el artículo 5-1 de la ley 1150 de 2007(...).

(...) Todo lo anterior implica que la selección de los contratistas de la administración se constituye en una formalidad básica, para la configuración y correcta ejecución del contrato estatal, como pilar fundamental de la figura, ya que el cumplimiento del deber de selección objetiva se concreta mediante la realización de procedimientos que permitan la libre concurrencia de los particulares

y garanticen la elección justa e imparcial de la mejor propuesta, para los intereses de la entidad” (Expósito Juan, 2013. p. 60).

En la misma dirección, Rico Puerta (2012), reconoce que: “(...) la ley 80 de 1993 estableció en su artículo 29, el deber de selección objetiva de contratistas (...)”. Refiriéndose al decreto 734 de 2012 afirma que, “(...) dicha convocatoria tiene una relación directa con el deber de selección objetiva (pp. 355 y 375).

Se desprende de las apreciaciones del autor que en el texto de la ley 80 de 1993, la selección objetiva, fue concebida como un deber y no como un principio, en tanto, señala expresamente que esta actividad contractual es un deber para la entidad, atendiendo a los criterios establecidos y no a criterios subjetivos de la entidad. En este tenor, otros tratadistas como el profesor Edgar González, expone:

(...) la selección objetiva no es un principio, sino una finalidad instrumental del proceso contractual; vale recordar que el fin corresponde a la aspiración que se quiere llegar, mientras que el principio supone los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador o que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible” (González, Edgar, 2010, p. 135).

Es claro entonces, que algunos autores no le otorgan a la selección objetiva la categoría de principio, por el contrario demuestran una tendencia a considerarla como un deber o un instrumento dentro del procedimiento de selección de contratistas que debe ser aplicado por las entidades estatales en la selección de sus colaboradores.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-128 de 2003 expreso:

El principio contemplado en el artículo 3° del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. (Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

En ese sentido, Jorge Bendeck (1992), en la exposición de motivos de la ley 80 de 1993, expone que: “los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público”. (Gaceta del Congreso N° 75 del 23 de septiembre de 1993).

Para entender la selección objetiva como un deber que deben cumplir todas las entidades del Estado y por lo tanto, es necesario distinguir las dos aristas que demarca el camino que debe seguirse en la aplicación de dicha regla; la primera de ellas, implica la obligación que tiene la entidad de confeccionar los estudios previos y pliegos de condiciones desde la fase misma de

planeación del proceso de selección, de tal manera que los parámetros allí fijados, obedezcan a factores eminentemente objetivos y se sigan claramente los criterios determinados por el artículo 5 de la ley 1150 dependiendo cada una de las modalidades de selección. La segunda arista que compone el deber de selección objetiva, parte del hecho que una vez confeccionadas las condiciones netamente objetivas y en los términos previstos por el artículo 5 de la ley 1150, la comparación y calificación de las ofertas debe hacerse de cara a las reglas objetivas previamente establecidas, sin salirse de ellas, sin ir más allá, o más acá que de lo estrictamente en ellas contenido.

Sobre el particular el Consejo de Estado en un pronunciamiento muy reciente, manteniendo la aparente confusión literal al referirse a la selección objetiva como un principio, termina dejando claro que es un deber irrestricto que deben cumplir todas las entidades del Estado en la selección de sus oferentes, cuando se referir en los siguientes términos:

En relación con el deber de selección objetiva, se trata de un principio que rige la contratación de las entidades estatales, por cuanto a través del mismo se propende por lograr una selección de contratistas imparcial, ajustada exclusivamente a los parámetros de evaluación y calificación establecidos en forma clara, concreta y completa por el pliego de condiciones o términos de referencia –los cuales deben apuntar únicamente a la determinación de la oferta que en conjunto ofrezca las mejores condiciones para la ejecución del objeto propuesto- y ajena a cualquier consideración de índole subjetiva y personal dirigida a favorecer o perjudicar a alguno de los

proponentes, sin la interferencia de tratos preferenciales o injustos que atenten contra el principio de igualdad frente al proceso de selección –que implica brindar un tratamiento idéntico para todos los oferentes en las mismas condiciones– y desligada de cualquier influencia externa que la desvíe de su finalidad, cual es la de lograr la correcta y cumplida ejecución del objeto contractual por quien presentó la mejor oferta y cumplió con todos los requisitos exigidos.

Este deber de selección objetiva debe cumplirse no sólo cuando se adelantan procedimientos licitatorios o concursos de méritos, sino en toda actuación que se adelante con miras a la selección de un contratista de la administración, puesto que ni siquiera cuando el ordenamiento legal autoriza la contratación directa, puede la administración escogerlo de manera subjetiva y arbitraria, ya que este mecanismo de contratación no se traduce en una facultad discrecional e independiente del funcionario competente para adjudicar ni queda librada a su solo deseo o voluntad, puesto que también en estos casos, se le exige efectuar la adjudicación de manera objetiva, es decir desligada de consideraciones de índole íntima y personal y libre de la influencia de intereses particulares, con fundamento exclusivamente en los factores de evaluación previamente establecidos e informados a los proponentes, con observancia estricta del principio de igualdad y con el único fin de seleccionar la oferta más favorable para la administración y para el cumplimiento de sus fines (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, MP. Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-1995-01712-01).

El deber de selección objetiva, desde su génesis el artículo 29 de la ley 80 ha señalado unos criterios concretos y específicos que deben ser aplicados en la selección de

contratistas, conforme a la modalidad de selección que particularmente deba escogerse, de suerte que se impone una obligación de elegir a la mejor oferta lejos de cualquier consideración subjetiva. De la lectura del texto se infiere que se constituye en un mandato legal, la objetividad de la selección en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad y los fines que persigue con la contratación, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

En este sentido, la Procuraduría (2006), advierte que el deber de selección objetiva recoge dos aspectos diferentes, a saber: El primero, la prohibición absoluta del subjetivismo y el segundo, que la selección se haga sobre la base de una pluralidad de factores que le permitan a la entidad estudiar y evaluar las propuestas desde diferentes puntos de vista, efectuando las comparaciones entre ellas para seleccionar al mejor proponente. (Procuraduría General de la Nación, fallo del 20 de noviembre de 2006, expediente 038-5816).

Sin embargo, el Consejo de Estado en el 2010, había considerado que la selección objetiva además de ser una regla es también un principio orientador de los procesos de selección pública al expresar:

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, sentencia del 20 de mayo de 2010, MP. Enrique José Arboleda, Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).

Ahora bien, si para el Consejo de Estado, la selección objetiva tiene el carácter de deber y de principio orientador, existen argumentos válidos para considerar que el deber se constituye en regla y en tal sentido, se debe acatar por todas las entidades del Estado en los procedimientos de selección, toda vez que obedece a un típico acto reglado de la administración que no puede ser desconocido, al otorgársele la categoría de discrecional; por esa razón, es débil inclinarse solo por la teoría de la selección objetiva como un principio porque como se encuentra configurado dicho precepto legal, se escapa de los criterios abstractos y de generalidad que reviste a los principios y no deja al arbitrio de quien lo aplica la posibilidad bajo ninguna circunstancia, de aplicarlo en la mayor medida de lo posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, todo lo contrario, cada

vez se afianza más la tesis de considerar a la selección objetiva una regla que involucra un deber insoslayable.

Así las cosas, se puede pensar que la selección objetiva, como se encuentra concebida en el artículo 5 de la ley 1150, obedece a un verdadero deber, o regla en sentido estricto, pues es una instrucción de conducta de carácter obligatorio validada según las pautas de producción normativa reconocidos en el ordenamiento jurídico y contiene un juicio de valor preestablecido, que regula conforme a los criterios contenidos en la disposición normativa que contiene dicha regla, la forma en que debe confeccionarse los requisitos y condiciones, y la forma en que deben ser evaluados para la selección de la mejor oferta, aplicables a todo el proceso de selección de contratistas sin distingo alguno. (Tamayo, 2010).

Del artículo 5 de la ley 1150, se pueden extraer una serie de reglas o lineamientos precisos que impuso el legislador a las entidades estatales para la escogencia de sus contratistas, los cuales deben ser aplicados, conforme se señala, y atendiendo a la modalidad de selección que corresponda. Como se viene afirmando, la finalidad de la regla contenida en la selección objetiva, es la escogencia de un colaborador de la administración, cuya propuesta resulte la más favorable, con el objetivo de lograr la satisfacción de las necesidades e intereses de la comunidad en general, sin que en dicha elección puedan interferir factores subjetivos de afecto, o intereses particulares, si no razones del servicio. La ley 1150 dispone: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o

de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. (Artículo 5, ley 1150).

En el citado artículo, la norma establece que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, se deben tener en cuenta los siguientes criterios: 1) Capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, los cuales deben ser objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección sin que otorguen puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. 2) La oferta más favorable debe ser aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. 3) En los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales el menor precio ofrecido debe ser único factor de evaluación. 4) En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. También señala, que la exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor y que la verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

Respecto a los contratos de obra pública, establece que el menor plazo ofrecido no puede ser objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y 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 ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Al respecto Matallana (2013), dice que con la expedición de la ley 1150 de 2007, el esquema de la ley 80 se modificó sustancialmente, por cuanto se dividieron los criterios de evaluación de las ofertas en dos: por una parte aquellos que serían requisitos mínimos habilitantes que no generan la adjudicación de puntos como la experiencia, la capacidad financiera, la capacidad legal y la organización del proponente; de otra, en algunos casos (licitación pública y procesos de selección abreviada de menor cuantía) se ponderaran factores técnicos (calidad) y factores económicos (costo o costo-beneficio), en otros (concurso de méritos) los aspectos técnicos de la propuestas incluyendo el precio (hojas de vida y experiencia específica del proponente), y, finalmente en otros (procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de uso común entre las entidades estatales y el proceso de selección de mínima cuantía) no habrá ponderación e ofertas y se seleccionará la mejor oferta con el menor precio. (p. 510).

Nótese que el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 5, estableció un parámetro general para todos los procedimientos de selección, donde la entidad está

obligada a establecer los requisitos habilitantes de las propuestas, bajo los parámetros establecidos, sin depender de cada caso en particular; por ejemplo, sabemos que la capacidad financiera del proponente, será en general para la mayoría de los procesos de selección⁶, un criterio habilitante que no otorga puntaje y que por tal puede ser subsanable; bajo ninguna circunstancia podría una entidad estatal otorgarle puntaje y calificar las ofertas que demuestren mayor o menor capacidad financiera, precisamente porque la regla que demarca el deber de selección objetiva establece claramente que la capacidad financiera es un requisito habilitante que no otorga puntaje, al punto que si una entidad estatal confecciona la regla para un determinado proceso en un sentido distinto al que en ella se señala pues incumple el deber de selección objetiva, con las consecuencias que ello puede derivar.

Se desprende palmariamente de la lectura de la norma, que la selección objetiva es concebida y tratada como una regla, cerrando la posibilidad de ser interpretada y aplicada como principio, en tanto, fija parámetros de regulación que no son discrecionales, sino de obligatorio cumplimiento, es decir, no deja eventualidad para elegir entre otras opciones de selección. Si la selección objetiva, fuera entendida como un principio que puede darse en la mayor medida de lo posible conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, en un determinado momento cualquier

entidad podría argumentar que frente a un caso en concreto, se aplicó un principio ante uno de igual o mayor categoría y que por tal se apartó de los criterios establecidos; dicha hipótesis no tiene cabida dentro del contenido legal propuesto en la ley 1150.

Para el profesor Expósito (2013), lo preceptuado en la ley implica que la selección de los contratistas de la administración, se constituye en una formalidad básica para la configuración y correcta ejecución del contrato estatal como pilar fundamental de la figura, ya que el cumplimiento del deber de selección objetiva se concreta mediante la realización de procedimientos que permitan la libre concurrencia de los particulares y garanticen la elección justa e imparcial de la mejor propuesta para los intereses de la entidad, todo con la finalidad de satisfacer el interés general por medio de la continua y eficiente prestación de un servicio denominado público por su alcance y dirección a la comunidad en general, reflejado ya sea en un objeto que directamente afecta a los administrados o en el correcto funcionamiento de la administración, para que ella cumpla su función frente a la colectividad. Entonces, esa afectación final del interés público es la que justifica una regulación concreta y estricta de la forma de escoger al responsable de llevar a cabo la labor encomendada a la entidad estatal. (p. 60).

Ahora bien, la ley establece unas formas de habilitación y ponderación para cada proceso de selección, de modo tal que siempre que la selección del contratista se efectúe, atendiendo esos factores objetivos, previamente delimitados y definidos al detalle, en los estudios previos y pliegos de condiciones, sin salirse de los límites establecidos en el artículo 5 de la ley 1150, debe concluirse

⁶ Debe tenerse en cuenta que los procesos de contratación directa, no se encuentra reglado o definido específicamente el criterio e capacidad financiera como requisito de habilitación, sin embargo ello no quiere significar que no pueda ser tenido en cuenta en el marco de los criterios de idoneidad, capacidad y experiencia que deben examinarse.

que el deber de selección objetiva se acató. Por el contrario, cuando se demuestre que la selección obedeció a factores subjetivos o que, pese haberse fijado criterios objetivos de selección, la escogencia no se efectuó con fundamento en ellos, puede concluirse que se desconoció tal deber.

Con lo esbozado hecho en la anteriores líneas, será más acertado pensar en que, la selección objetiva es un deber, contenido en una regla irrestricta de obligatorio cumplimiento, que no admite ponderación alguna, bajo ningún caso particular, que se cumple o no se cumple y que en esa medida cualquier regla que disponga criterios distintos a los contenidos en dicha regla está condenada a desaparecer y que para evitar esas situaciones el legislador, teniendo en cuenta que la selección objetiva es una regla, podría establecer reglas de excepción a la misma, de suerte que con ello prevalecerá la vigencia de una y otra.

En la aplicación del deber de selección objetiva, no podríamos hablar de la existencia de casos difíciles o de penumbra que ameriten hacer elucubraciones para lograr desenmarañar el sentido que tiene aplicar o no la selección objetiva; por el contrario como se encuentra concebida dicha regla, está estructurada para los casos fáciles, es decir que contiene un enunciado normativo cerrado que se debe aplicar a todos los procedimientos de selección de contratistas, por ello solo puede entenderse que la capacidad jurídica y la capacidad financiera son requisitos habilitantes en los procesos de selección y que no otorgan puntaje alguno, lo que se desprende del contenido literal de la disposición normativa; situación que fundamenta el carácter particular y rígido de la regla de la selección objetiva, que implican su

obligatoriedad, por ser un mandato de hacer y confeccionar reglas objetivas y de prohibir comportamientos subjetivos, supuesto de hecho que se ser incumplido deviene en unas consecuencias jurídicas: la selección objetiva está concebida para que se cumpla el deber consagrado en ellas, ni más, ni menos.

Conclusiones

Respecto a la selección objetiva, no existe claridad meridiana frente a la conceptualización y tratamiento jurídico que se hace del término, debido a que tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren a ella, de acuerdo a las circunstancias donde se desarrolle. Así por ejemplo, la norma establece que la selección objetiva es una regla, cerrando la posibilidad de ser interpretada y aplicada como principio, en tanto, fija parámetros de regulación que no son discrecionales, sino de obligatorio cumplimiento. Es decir, no existe la posibilidad para que la entidad, de acuerdo a las posibilidades fácticas de un caso en concreto, argumente que se aplicó un principio ante uno de igual o mayor categoría y que por tal se apartó de los criterios establecidos, en la selección objetiva; esta hipótesis es descartada por la ley 1150.

Para la doctrina y la ley, es más acertado pensar que la selección objetiva es un deber, contenido en una regla irrestricta de obligatorio cumplimiento, que no admite ponderación alguna, bajo ningún caso particular, que se cumple o no se cumple y que en esa medida, otra regla que disponga criterios distintos debe desaparecer.

Para la jurisprudencia, la selección objetiva tiene el carácter de deber y de principio orientador y por lo tanto, donde el deber se

constituye en norma jurídica en la medida que debe ser acatada por todas las entidades del Estado en los procedimientos de selección, porque obedece a un acto reglado de la administración y por esta razón descarta la teoría de entender la selección objetiva solo como principio, en tanto, no es un criterio abstracto y general que caracteriza a los principios.

También determina la jurisprudencia, que es una regla de conducta de la actividad contractual, pero al mismo tiempo, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública y de contratación directa, apuntado a la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos en la contratación estatal, guiada por los principios de selección objetiva, economía y transparencia, entre otros.

La jurisprudencia ha considerado que la selección objetiva es tratada como un principio de la contratación estatal, que involucra reglas y deberes para la administración, pero no hace ninguna precisión o distinción entre si es principio o regla, al afirmar que la escogencia o selección objetiva de los contratistas constituye uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal, en tanto, la selección objetiva es un deber-regla de conducta- en la actividad contractual; un principio que orienta los procesos de selección.

Se hace evidente, que la jurisprudencia respecto a la naturaleza de la selección objetiva, aceptan dos posiciones. De una parte, apuntan a que la selección objetiva obedece a un verdadero principio de la contratación estatal, en tanto, la Constitución de 1991, le otorgó a la selección objetiva el carácter de principio constitucional, al considerar que la

escogencia de los contratistas, se constituye en principio que satisface el interés general y los intereses particulares de la entidad, como fundamento esencial de la función administrativa del Estado Social de Derecho.

Se observa que los esfuerzos hechos por la doctrina y la jurisprudencia no han sido suficientes para concebir a la selección objetiva como un principio o como una regla, en tanto, ambas reconocen que pertenece a la categoría de los principios, pero al mismo tiempo tienen el carácter de regla y de deber. Así las cosas, la selección objetiva es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada para cada situación en particular y obedece exclusivamente a una decisión neutral de una administración imparcial, sujeta única y exclusivamente al interés general.

Referencias Bibliográficas

Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2010). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Segunda edición en castellano Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Blanco, C. (2011). "Ordenamiento Jurídico Territorial Colombiano Vs Ordenamiento Jurídico Andino" en *Revista Via inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 12 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2919/2792>

Castro, C; García, L; Y Martínez, J. (2010), *La contratación Estatal Teoría General Perspectiva Comparada y Regulación Internacional*, Bogotá, Colección de textos de *Jurisprudencia Universidad del Rosario*.

C. Carlos (2011). *Transparencia y Lucha Contra la Corrupción en la Contratación Estatal, en La Ley 1150 de 2007, una respuesta a la eficacia y transparencia en la Contratación Estatal La Nueva Contratación Pública en Colombia*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.

Expósito, Juan (2009). *Contratación Estatal Estudios Sobre la Reforma al Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Expósito, J. (2013). *Serie Derecho Administrativo No. 19 Forma y Contenido del Contrato Estatal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Fandiño, J. (2014). *La Contratación Estatal*. Bogotá. Editorial, Leyer.

García, Claudia y Mendoza Janne (2009). *El Seguro de Cumplimiento y la Contratación Pública*. Bogotá. Editorial.

González, Edgar (2010). *Serie Derecho Administrativo No 10. El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Guecha, Ciro (2010). *Contratos Administrativos. Control de legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación*. Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomas.

Matallana, Ernesto (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá. Segunda Edición. Editorial, Universidad Externado de Colombia.

Matalla Camacho, Ernesto (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá. Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia.

Molano., Mario (2009). *La Nueva Estructuración de los Procesos Selectivos en la*

Contratación Estatal. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica.

Rico, Puerta (2012). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá. Séptima Edición. Editorial, Leyer.

Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2010). *Contratación Estatal Legislación*. Bogotá, Editorial, Universidad Externado de Colombia.

Suárez, Tamayo (2010). *Temas en Contratos Estatales, Fundamentos Constitucionales, Principios y reglas de Interpretación de la contratación Estatal en Colombia*. Editorial. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín Colombia.

Solarte, Felipe. (2010). *Contratos Estatales Atípicos*. Bogotá. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica.

Suárez, Gonzalo (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá. Primera Edición. Legis Editores S.A.

Yong, Samuel, (2013). *El contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Bogotá Tercera Edición. Grupo Editorial Ibáñez.

Sentencias

Corte Constitucional, Sentencia C- 128 de 18 de febrero de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-949 de 2001. MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, 14 de abril de 2005. Expediente 25094, C.P. German Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 4 de 2008. M. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 17783.

Consejo de Estado, Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente 110010326000201000038 00 (39.040), C.P. Ruth Estela Correa.

Consejo de Estado, Sentencia del 20 de mayo de 2010. Expediente 11001-03-

06—000-2010-00034-00 (1992). C.P. Enrique José Arboleda.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, MP. Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-1995-01712-01.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, sentencia del 20 de mayo de 2010, MP. Enrique José Arboleda, Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).

Consejo de Estado, 3 de diciembre de 2007. Expediente 31447, C.P. Ruth Estela Correa.

Procuraduría General de la Nación, fallo del 20 de noviembre de 2006, expediente 038-5816.

Gaceta del Congreso N° 75 del 23 de septiembre de 1993.