

**Las modalidades de selección en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública  
como mecanismos de selección objetiva de contratistas**

Jose Enrique Nuño Henao

Noviembre 2018

Director: Dr. William Barrera Muñoz

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría en Derecho Administrativo

Trabajo de Grado

## **Dedicatoria**

Quiero dedicar especialmente este trabajo de grado a mi esposa Diana, y a mis hijos Valeria y Juan José, referentes de lucha, fuente de motivación en mi proyecto de vida y cómplices del éxito profesional.

## **Agradecimientos**

Quiero agradecer muy especialmente a mi padre, ejemplo de superación, sacrificio y esfuerzo, mi madre, motor de lucha permanente, mi hermano, gestor de retos, Alfonso Medina Torres y Alfonso Medina Fuentes, impulsores de mis proyectos académicos, y al Dr. William Barrera Muñoz emérito jurista orientador de la presente obra y gran consejero profesional.

## Abstract

Starting from the basis that the research work involves an argumentative dissertation, it is highlighted first hand that we are faced with an apparent and illusorily peaceful topic, which has not been the object of an intense analysis, which in the end can prove or At least, we should point out that we have a state contracting statute with serious flaws in its fundamental component, such as the objective selection of contractors. In that order, the present study will help us to better understand the context over which the state executes public resources through hiring processes based on selection modalities not only uneven, but also with shortcomings that may come to be considered as efficient and suitable to meet the purposes for which they were established and primarily assaulting the principle of objective selection as a fundamental premise of such figures. In this perspective, the current study receives great relevance when we see quite often the multiple failures of large and small projects whose weakness is not only encouraged, but also sponsored by the scheme we have in order to choose the best contractors in the state; this coupled with the various substantive reforms that have been tried to propitiate but that by political conjunctures have been relegated to total oblivion as a result of the disinterest of both the executive and the legislator to get them victorious. In this understanding, we will review the historical evolution of both the modalities of selection, and the principle of objective selection trying to understand the synderesis of its definition, addressing mandatory cross-cutting regulations that affect its realization, and then compare them with guidelines of international organizations. They worry about the subject, and thus conclude that we have a fragile, complex and far from the purpose of what is intended with state contracts.

## Tabla de Contenidos

|  |    |
|--|----|
| Capítulo 1.....  | 1  |
| Introducción.....  | 1  |
| Capítulo 2.....  | 3  |
| Evolución histórica de las modalidades de selección.....   | 3  |
| Capítulo 3.....  | 22 |
| Legislación transversal al Estatuto de Contratación de la Administración Pública .....             | 22 |
| Capítulo 4.....  | 25 |
| El principio de selección objetiva .....   | 25 |
| Capítulo 5.....  | 54 |
| La favorabilidad de la oferta: ¿Una realidad o una utopía fáctica? .....                           | 54 |
| Capítulo 6.....  | 63 |
| Los organismos internacionales y sus exigencias en los procesos de selección de contratistas ..... | 63 |
| Capítulo 7.....  | 73 |
| Propuesta de reforma .....   | 73 |
| Capítulo 8.....  | 77 |
| Conclusiones .....   | 77 |
| Lista de referencias .....   | 78 |
| Vita .....   | 83 |

**Lista de tablas**

**Tabla 1. Línea Jurisprudencial .....55**

## Lista de figuras

|   |    |
|---|----|
| Figura 1. Esquema de selección de contratistas..... |    |
| .....   | 5  |
| Figura 2. Esquema de selección de consultores.....  | 77 |

## **Capítulo 1**

### **Introducción**

A lo largo de la historia jurídica del derecho contractual de la administración pública, nos hemos encontrado con diferentes ordenamientos que han compilado preceptivas tendientes a regular las relaciones jurídicas contractuales del estado. En ese orden, han proliferado disposiciones enmarcadas en un contexto eminentemente positivista, que han propendido por definir esquemas de selección de contratistas bajo el marco de ciertos principios, donde el protagonismo siempre ha recaído en la selección objetiva de estos.

Siendo así las cosas, se han identificado a mi juicio tres elementos que componen el problema planteado como lo son: las modalidades de selección previstas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, la idoneidad de las mismas y el principio de selección objetiva.

Bajo la estructura descrita, es fundamental analizar desde el punto vista histórico lo que la legislación ha venido desarrollando para cada uno de estos componentes, lo cual nos obliga a abordarlos desde cada uno de los Estatutos de contratación estatal que se han expedido a lo largo de nuestra historia jurídica negocial. De igual manera y con el mismo propósito, es imprescindible analizar pronunciamientos jurisprudenciales en tal sentido que nos contextualicen de mejor manera sobre las fortalezas y debilidades del modelo definido.

Ahora bien, en esa línea se ha podido evidenciar que bajo coyunturas sociales, jurídicas, económicas y políticas, se ha propendido por formular ciertos ajustes, algunos superficiales otros trascendentales en las estructuras de los mecanismos a través de los cuales se escogen los contratistas del estado, quienes tienen a su cargo responsabilidades no solo frente a la relación jurídica que los vincula con el ente estatal, sino adicionalmente frente a toda una sociedad que espera que los bienes, obras o servicios a proveer sean entregados bajo los mayores estándares de calidad y obviamente, bajo los criterios que se le exigieron para satisfacer las necesidades que se determinaron en la etapa de planeación del respectivo proceso contractual.



Es por ello, que se hace necesario indagar sobre todos los conceptos que circundan alrededor de los procesos de selección resaltando los anteriormente mencionados, con el fin de determinar si efectivamente estos sirven, o, en otras palabras, si están lo suficientemente sustentados y estructurados para garantizar una selección objetiva de los contratistas. Bajo esa expectativa, nos preguntaremos si estamos frente a un modelo utópico y fantasioso, o si, por el contrario, bajo un esquema que está cumpliendo con sus fines.

Por tales razones, vemos con gran relevancia e incluso con una pertinencia considerable, abordar la problemática que ha girado y que actualmente concentra gran parte de la atención no solamente de nuestros entes de control, sino también del legislador y el gobierno nacional quienes han dedicado espacios no menores a discutir sobre propuestas de reformas profundas, incluso por la necesidad a que la globalización nos induce como lo es hacer parte de instancias internacionales tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a quien el estado colombiano le ha venido apuntando con gran interés desde hace un tiempo. Es claro que para lograr este cometido, se deben ajustar e incluso formular políticas públicas que garanticen modelos de escogencia de contratistas no solamente transparentes, sino principalmente idóneos, entendiendo por ello, aquellos mas apropiados y adecuados para el cumplimiento de los fines estatales en sus procesos contractuales tal como lo constituye la satisfacción de las necesidades definidas al momento de la planificación del proceso contractual.

Todos estos elementos serán abordados a partir del marco legal que ha regulado la contratación estatal en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia de las altas cortes sobre el principio de la selección objetiva y las modalidades de selección, y el análisis de casos representativos que evidencian o bien sea la carencia o bien la precariedad de contundencia de las herramientas y mecanismos que tanto el legislador como fuente primaria de derecho como el juez en tanto fuente secundaria, han determinado para la escogencia de los más idóneos contratistas del estado.

En ese orden, se estudiará la evolución histórica de las modalidades de selección en aras de mostrar el panorama legislativo que nos ha venido regulando en materia de contratación estatal, se revisará la legislación transversal en la materia, toda vez que es indispensable traer de presente las disposiciones normativas que han abordado la materia desde otra perspectiva, se esbozará el marco

general tanto legal como jurisprudencial que ha desarrollado el principio de selección objetiva como principio fundamental del esquema contractual público, para posteriormente aterrizar la discusión en los referentes internacionales definidos particularmente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los cuales sirvieron de punto de partida para la profunda reforma al régimen de contratación estatal que en su momento presentó Colombia Compra Eficiente y que finalmente no salió adelante en el legislativo. Bajo tal contexto, se adoptará una postura frente a una de las modalidades de selección que en mi concepto ha venido superando las expectativas normativas como lo es el Concurso de Méritos, a través del cual se soporta la vinculación de consultores a proyectos públicos, y así rematar el análisis que me he propuesto con este documento, queriendo dejar abierto el debate sobre la idoneidad de las herramientas con las que contamos para escoger objetivamente nuestros contratistas.

## **Capítulo 2**

### **Evolución histórica de las modalidades de selección**

Para comprender de mejor manera el contexto en el cual sustentamos el presente documento, es necesario hacer un recorrido histórico por los escenarios de orden normativo que han impulsado el régimen de la contratación estatal. En ese sentido y partiendo de el esquema constitucional como modelo primario del orden jurídico que nos ha regularizado, tenemos que con anterioridad a la Carta Política de 1886 se presentaba un régimen de libertad contractual muy cercano al que regulaba las relaciones entre particulares.

De manera concreta, en la ley 106 de junio 13 de 1873 (Código Fiscal de la República de Colombia) se hizo alusión sin mayor trascendencia a la cláusula de caducidad.

Posteriormente y en virtud de la expedición del Código Civil de los Estado Unidos de Colombia (Ley 84 del 26 de mayo de 1873) el cual fue adoptado por la ley 57 del 15 de abril de 1887, se incorporaron a los negocios jurídicos estatales algunas disposiciones propias de tal articulado.

Luego vino la ley 53 de noviembre 27 de 1909 sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno, la cual en sus artículos 4 y 5 definió temas como la cláusula penal pecuniaria y causales de nulidad.

Años después, se reformó el Código Fiscal a través de la ley 110 de noviembre 23 de 1912 la cual garantizó la igualdad de oportunidades frente a la ley a los procesos de selección del contratista, abordando el procedimiento de la licitación pública<sup>1</sup> y determinando los casos en que se puede prescindir de dicha modalidad de selección<sup>2</sup>.

Ya definidas bases mas sólidas frente al concepto y alcance del procedimiento de licitación pública y especialmente existiendo cierta claridad en su utilización como herramienta asociada a equivalencia de oportunidades entre competidores que pretendían vincularse con el estado a través de figuras negociales, se expiede la ley 106 de octubre 15 de 1931 quien sustituyó la ley 116 de 1923 frente a la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales. Tal ordenamiento, en su articulado siguió con la línea de la licitación pública como modalidad de selección de colaboradores de la administración.<sup>3</sup>

Hasta este punto de la historia, vemos con díafana claridad que la licitación pública se venía consolidando como una herramienta fundamental para que el estado escogiera sus contratistas frente a temas que el legislador determinó, siendo la regla general y por ende, la principal modalidad a seguir. De igual manera, el precio se convertía en el único punto de competencia previo cumplimiento de algunas exigencias definidas en el “pliego de cargos” los cuales debían ser aprobados por el Consejo de Estado.

Posterior a ello, se viene la promulgación del segundo Código Administrativo con la ley 167 de diciembre 24 de 1941 (el primero fue el Código de Justicia Contenciosa Administrativa proferido mediante la ley 130 de diciembre 13 de 1913, que en materia contractual, no aportó significativamente al ordenamiento jurídico), texto que incorporó en su capítulo XXI algunas

---

<sup>1</sup> Ley 110 de 1912 artículo 9, 13 y 21.

<sup>2</sup> Ley 110 de 1912 artículo 27.

<sup>3</sup> Ley 106 de 1931 artículo 1.

disposiciones relativas al régimen de oxorbitancia de la administración pública tales como la revisión del Consejo de Estado para algunos negocios que cumplieren con ciertas características y los parámetros para la declaratoria administrativa de caducidad.

Años mas adelante y como producto de la declaratoria del estado de sitio, se expide el Estatuto Nacional de Compras y Estatuto de Empréstito o de Operaciones de Crédito Público a través del Decreto 351 de febrero 18 de 1955 y el Decreto 1050 de abril 14 de la misma anualidad respectivamente, los cuales regularon aspectos muy puntuales de la contratación del estado, sin que se abordara lo referente a las modalidades de selección de sus contratistas de manera particular y concreta.

De igual manera, a través del Decreto Legislativo 550 de marzo 7 de 1960 mas conocido como el Estatuto de los Contratos Interadministrativos se regularon las delegaciones del Presidente de la República en los Ministerios y Jefes de Departamentos Administrativos para la suscripción de contratos, sin que hiciera alusión alguna a las modalidades de selección de contratistas.

Tiempos mas tarde, con la expedición del Estatuto sobre obras públicas consignado en la ley 4 de septiembre 30 de 1964, el concepto y alcance de licitación pública tuvo un compañero de fórmula denominado concurso público, lo cual extendió de mejor manera la posición visionaria para la escogencia de contratistas de acuerdo a los parámetros dados por el legislador al respecto. En ese orden, la preceptiva en comento determinó principalmente lo siguiente:

*“Artículo 4°. Los contratos a que se refiere los literales a) y b) del artículo 2°, se adjudicarán en licitaciones o concursos públicos a la persona cuya propuesta sea más conveniente. (...)*

(...)

*“Artículo 5°. Podrá prescindirse de la licitación o concurso de que trata el artículo 4°. de esta Ley:*

*(...).” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Al mismo tenor, se puede evidenciar que ya el legislador comenzaba a dilucidar fórmulas de escogencia de los contratistas, además de hacer alusión a la figura de la “conveniencia” como referente para una adjudicación favorable. De igual manera, la modalidad de la contratación directa ya abordada en otras preceptivas anteriormente señaladas, sigue cogiendo forma y sufriendo un desarrollo mayor al ya contemplado.

Dicho Estatuto fue luego aclarado y adicionado por la ley 36 de agosto 2 de 1966, la cual introdujo algunos ajustes que ampliaron el espectro de las cuantías para contratar a través de la licitación pública o concurso, además de precisar ciertos temas frente a las exigencias a definir para la suscripción de ciertos tipo de proyectos.

De igual manera, el Decreto 1518 de junio 10 de 1965 reglamentó la ley 4 de 1964 ya señalada, reguló el registro de proponentes, el concepto de “público el cual calificó así:

**“Artículo 8°. Toda licitación o concurso debe ser público. Se entiende por tal, cuando sus condiciones se hacen públicas y se llama por medio de avisos en diarios de mayor circulación, informaciones a las entidades gremiales, etc., a todos los interesados que quieran presentarse. (...).”** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

También abordó lo concerniente a factores de ponderación para la escogencia de las propuestas atendiendo el concepto de “conveniencia”, ratificando el espíritu del legislador de delimitar criterios de selección.

Terminada esta etapa de regulación dispersa y aislada a una estructura unificada que consolidara los distintos aspectos de la contratación estatal, se profiere la ley 28 de 1974 a través de la cual se revestía al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa.

Bajo tales facultades, el Gobierno expide el decreto 1670 de agosto 18 de 1975 el cual tuvo una vigencia muy corta debido a sus múltiples imprecisiones y desafortunado enfoque frente a lo que pretendió el legislador con el otorgamiento de las prerrogativas otorgadas al ejecutivo. Es así como

surge nuestro primer Estatuto contractual de la Administración Pública (si restamos acreditación a la norma señalada) el cual revisaremos en lo que nos compete en los siguientes apartes.

## 2.1 Decreto 150 de 1976.

Como referente primario en nuestra evolución histórica en virtud de ser catalogado como el primer Estatuto de Contratación, encontramos un primer avance significativo respecto al concepto de licitación, el cual definió en su artículo 19 como:

*“Licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas en igualdad de oportunidades, la que ofrezca mejores condiciones para contratar.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo tal premisa, la modalidad por excelencia para la escogencia de contratistas del estado comienza a tener destellos de claridad, y adicional a ello, a mostrar su real espíritu para lo que a futuro se constituiría como el principio rector de los procesos contractuales, tal como lo es la selección objetiva.

En ese sentido, optó por clasificar la modalidad de selección en dos grupos:

*“Artículo 20. De las clases de licitación. La licitación puede ser pública o privada, según que la invitación a contratar se haga públicamente a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requisitos que señalen la Ley y los reglamentos, o en forma directa a los posibles contratistas.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Con ello, marcaba en el fondo un proceso de naturaleza pública, y otro con visos de selección directa, siempre ajustándolos a las reglas mas adelante determinadas.

En esa línea, expresó que para el primer caso aplicaría bajo el siguiente contexto:

*“Artículo 21. De cuándo hay lugar a licitación pública. Habrá licitación pública en todos los casos en que no se disponga la privada o se autorice la contratación directa, conforme a las normas que más adelante se establecen.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Adicional a esto, estableció de manera muy puntual algunas reglas a través de las cuales debía desarrollarse el proceso, lo cual muestra que el marco normativo en la materia comenzó a abordar de manera mas específica y rigurosa la estructura que delimitaba el desarrollo de la temática, en aras de su finalidad, que se circunscribía a seleccionar el contratista en igualdad de oportunidades y bajo las mejores condiciones.

Para la licitación privada, enlistó una serie de situaciones en las cuales era viable este procedimiento,<sup>4</sup> y definió algunas reglas operativas para que su desarrollo fuere exitoso.<sup>5</sup>

Respecto a reglas comunes a los dos mecanismos, hizo alusión a ciertos criterios básicos a tener en cuenta<sup>6</sup> donde el concepto de oferta favorable tuvo un protagonismo primario para efectos de definir la adjudicación del proceso, y factores tales como el precio, el plazo, la calidad, seriedad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes fueron los determinantes para efectos de la evaluación de las propuestas.

En esta preceptiva, ya se refleja la intención de normalizar aspectos propios de la valoración de las propuestas, manteniendo siempre el objetivo contemplado en el artículo 19 del ordenamiento en estudio, pero a la vez destacando un concepto relevante para el objetivo de este documento ya mencionado líneas atrás como lo es el de **oferta más favorable**.

---

<sup>4</sup> Decreto 150 de 1976 artículo 23.

<sup>5</sup> Decreto 150 de 1976 artículo 24.

<sup>6</sup> Decreto 150 de 1976 artículo 25.

Además del fortalecimiento conceptual y el robustecimiento procedimental de la licitación pública, este ordenamiento también contempló otra modalid ad de selección de contratistas ya abordada en otros, pero de de una manera mas amplia como lo fue la contratación directa.<sup>7</sup>

Comienza la disposición haciendo alusión a esta figura como una modalidad excepcional a la licitación, para posteriormente enlistar una serie de casos en los cuales se puede prescindir de sus reglas, sin determinar detalles para su formalización.

Por su parte y a pesar de no considerala de manera expresa y dedicarle una disposición especial a ello como una modalidad de selección, el legislador determinó dentro de los contratos de obra el concurso de méritos como la forma a través de la cual se podían adjudicar ciertos contratos.<sup>8</sup>

Hasta aquí, no tenemos novedades o figuras innovadores que ameriten mayor reconocimiento salvo la que a criterio del autor se considera como una modalidad de selección, como lo es el concurso de méritos el cual podía adelantarse a través de invitación pública o privada. Por tanto, se tiene en estas preceptivas un simple fortalecimiento de las ya contempladas en el análisis histórico adelantado, destacando sutilmente el mayor alcance y la definición de reglas procesales para las modalidades anteriormente descritas.

Ahora bien, siguiendo el recorrido legislativo se tiene que madurando muchos conceptos y fortaleciendo otros, se expide la ley 19 de 1982 a través de la cual se definieron nuevos principios de los contratos administrativos, y se revestía al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reformar el régimen de contratación administrativa. En ese orden, se destaca principalmente lo referente a la disposición por parte de los Departamentos y Municipios para que en sus normas fiscales sustentadas en el principio de la autonomía, regularan la formación y adjudicación de sus contratos además de las cláusulas que orientarían la actividad contractual correspondiente.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Decreto 150 de 1976 artículo 31.

<sup>8</sup> Decreto 150 de 1976 artículo 71.

<sup>9</sup> Ley 9 de 1982 artículo 5, 10.



Con base en dichos preceptos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 222 de febrero 2 de 1983 el cual revisaremos a continuación.

## **2.2 Decreto 222 de 1983.**

Este ordenamiento frente al tema de modalidades de selección no trajo consigo mayores novedades sino por el contrario, se dedicó a adelantar algunos ajustes o precisiones de orden procedimental, manteniendo la estructura que el decreto 150 de 1976 ya había adoptado, entre las que destacamos la mención a licitaciones internacionales, el protagonismo dado al concurso así sea de manera general y abstracta, la determinación de criterios de selección como la protección al trabajo y a la industria nacional y el aumento de los casos en donde se puede prescindir de la licitación o concurso.

También, se resalta que, bajo el esquema metodológico de organización de las preceptivas, se crea un título denominado “normas generales”, en donde al lado de la licitación pública y privada desarrolla las reglas propias del concurso de méritos, fortaleciéndolas cuando define normas comunes a la figura ampliando los lineamientos para su utilización.

En ese orden, hasta este momento cronológico se mantiene el esquema propuesto por el decreto 150 de 1976 sin mayores aportes legislativos a lo que históricamente se venía preceptuando.

Una década después y en virtud a la necesidad de modernizar la normativa que regulaba las relaciones negociales del estado y ponerla a tono con la coyuntura social que vivía el país y especialmente al nuevo modelo de estado y a los diferentes postulados plasmados en la Constitución de 1991, se fraguó un nuevo Estatuto de Contratación de la Administración Pública el cual se materializó en la expedición de la Ley 80 de octubre 28 de 1993 sustentada en las facultades constitucionales otorgadas al Congreso de la República por el artículo 150 de la Carta Política que a continuación revisaremos dentro del ámbito que nos ocupa.

### 2.3 Ley 80 de 1993.

Con la expedición de este ordenamiento, llegamos al que se denominó por primera vez de manera expresa y literal “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, que como ese gran compendio normativo que antecedió su concepción, mantuvo las figuras que venían regulando la escogencia de contratistas del estado en los ordenamientos ya estudiados en precedencia.

No obstante y acudiendo al nuevo modelo de estado que se estrenaba con la carta política de 1991, se hicieron algunas variaciones además de prácticas, también dogmáticas, entre las cuales destacamos el escalamiento a rango legal de algunos principios como el de transparencia, economía y responsabilidad, a través de los cuales se pretendió soportar las actuaciones contractuales de las entidades estatales, como consecuencia de los postulados propios de la función administrativa plasmados en el artículo 209 constitucional.

En este aspecto, es inevitable traer a colación lo planteado por Escobar (1999) cuando abordó el estudio científico de las modalidades de selección así:

*“(...) la libertad de concurrencia e igualdad entre los proponentes son el fundamento de la licitación, constituyen su base ética jurídica (Marienhoff, M. Ob. Cit., página 201) y representan su ratio iuris (Bielsa, R. Ob. Cit., página 200), lo que implica que todas normas aplicables al procedimiento de selección del contratista deben ajustarse a estos principios.”<sup>10</sup>*

Bajo tal estructura, se normalizaron los procedimientos de selección y se hizo todo un desarrollo que terminó siendo una labor más de robustecimiento de estos, que de implantación de esquemas novedosos diferentes a los que ya venían rigiendo en los anteriores sistemas.

---

<sup>10</sup> ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. 1 Ed. LEGIS. 1999. Pág. 153.

Como punto de partida, es inevitable resaltar que, de entrada, se elevó a rango legal el fin último de las relaciones negociales del estado, cuando se dijo de manera contundente que el objetivo de estas era:

*“Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En ese orden, se tiene como referente el **principio de transparencia**<sup>11</sup> el cual soportó las modalidades de selección, pues fue precisamente a través de su teleología ortodoxa que el legislador desarrolló la temática de estas de manera concreta. En ese orden, se determinó que la selección de los contratistas del estado debía siempre adelantarse a través de la modalidad de licitación o concurso público, y delimitó la excepción de la contratación directa a casos muy puntuales allí incorporados.

De tal disposición, se evidencia el interés legítimo de nuestro constituyente primario de querer a través de principios desarrollar la actividad contractual del estado, para lo cual, ideó toda una estructura formal que sirviera de base su materialización, buscando siempre cumplir con el deber de la selección objetiva, concepto este que ya tipificó y el cual será abordado mas adelante de manera detallada.

Bajo esa misma filosofía, consideró el **principio de economía**<sup>12</sup> como el referente para que toda regla que se definiera fuera la estrictamente necesaria para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

---

<sup>11</sup> Ley 80 de 1993 artículo 24.

<sup>12</sup> Ley 80 de 1993 artículo 25.

Es por ello, que el concepto de selección objetiva sigue enmarcando la plataforma que soporta la escogencia del contratista, con algunas aristas complementarias de reglas procesales tendientes en principio a tales fines.

En ese orden, aparece el **principio de responsabilidad**<sup>13</sup> con un enfoque conceptual tendiente a que los servidores públicos busquen siempre el cumplimiento de los fines de la contratación, y en ese sentido, a que los partícipes del proceso contractual (contratistas, entidades y servidores públicos) respondan por actuaciones irregulares en el desarrollo del mismo.

En este escenario, se comienzan a plantear ciertas situaciones que efectivamente afectan la selección objetiva del contratista y consecuentemente, la oferta más favorable para la entidad, lo cual de la mano diluye sin lugar a dudas el cumplimiento de los fines de la contratación estatal establecido en el artículo 3 anteriormente señalado.

Hasta este punto, tenemos un “Estatuto General” basado en principios, con un objetivo claro frente a lo que se pretende con los mismos, que mantuvo la ideología intervencionista del estado arrastrando preceptivas de ordenamientos anteriores, amplió la concepción regulatoria al extender las reglas de juego de los procedimientos de selección y careció de nuevas alternativas de escogencia de contratistas tendientes a modernizar el sistema.

No obstante lo dicho, tratadistas como Molano (2009), dan preponderancia a principios distintos como el de igualdad, cuando expresa:

*“El principio de igualdad constituye la regla de oro de la licitación. Cuando se trata del análisis de los procedimientos de selección y en especial el de la licitación, espacio particular y propio ha de reservarse para el principio constitucional (artículo 209 C.P.) y a la vez derecho fundamental (artículo 13 C.P.), a la igualdad, como quiera que sólo*

---

<sup>13</sup> Ley 80 de 1993 artículo 26.

*sobre la base de asegurar su efectividad real y material podrá entonces pregonarse la escogencia objetiva y transparente de la oferta más favorable (...)*<sup>14</sup>

Luego y como es natural, se vinieron reglamentaciones tales como el decreto 679 de 1994, decreto 626 de 2001, decreto 2170 de 2012, decreto 3629 de 2004, decreto 3740 de 2004, decreto 959 de 2006, decreto 2434 de 2006, decreto 4375 de 2006, entre otros, que se encargaron de aterrizar las reglas y principios consolidados en el “Estatuto General” sin mayores y profundas iniciativas en la materia que nos ocupa.

En virtud a tanta desagregación normativa, se llegó a la necesidad de ajustar algunos de los aspectos que primigeniamente se determinaron en tales preceptivas, lo cual conllevó al Gobierno a tramitar un proyecto de reforma con el objetivo de *“señalar unas bases que habiliten un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones en materia contractual, que apunten a las que consideramos deben ser características fundantes de la actividad contractual del Estado: eficiencia y transparencia”*<sup>15</sup>, el cual revisaremos a continuación. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

#### **2.4 Ley 1150 de 2007.**

Palabras atrás destacamos el componente de eficiencia y transparencia, toda vez que a nuestro criterio son elementos vinculados a las modalidades de selección de los contratistas, si se tiene en cuenta que con estas las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Bajo tal premisa, resaltamos la expresión de la exposición de motivos cuando expresó que se proponía como novedad *“(...) una reforma al entendimiento del principio de transparencia (...)*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> MOLANO, Mario Roberto. La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal. 1 Ed. Nueva Jurídica. 2009. Pág. 233.

<sup>15</sup> Gaceta del Congreso 466, martes 2 de agosto de 2005, página 53.

<sup>16</sup> *Ibidem*, página 53.

en aras de “(...) dar un marco dinámico y flexible al reglamento para la confección de las reglas y condiciones para el desarrollo de los procesos (...)”<sup>17</sup>, posición que al final no se vió reflejado en su sineresis a pesar del espíritu señalado y de los esfuerzos gramaticales que adelantaron en la redacción del articulado.

En ese sentido, autores como Gómez (2012) han manifestado:

*“En la realidad, lo cierto es que la licitación ya no es la regla general para la selección de contratista; no obstante, para dejar de aplicar este procedimiento se requiere una norma especial y expresa que permita aplicar las causales de selección especiales; de lo contrario, contratar sin aplicar la licitación conlleva graves consecuencias disciplinarias e incluso penales.”*<sup>18</sup>

Bajo la misma concepción, la doctrinante Diek (2014) delimitó el alcance de la licitación a su finalidad así:

*“(...) la licitación pública apunta al interés general, dotando de objetividad la actuación de la administración y de los particulares en materia contractual. En relación con los segundos, la licitación fomenta la libre concurrencia, respeta la igualdad de trato entre los interesados que cumplan los requisitos mínimos del proceso, propicia la participación ciudadana y facilita el control de la gestión pública por parte de la comunidad y de los órganos de control gracias a su procedimiento transparente y público.”*<sup>19</sup>

Bajo tales apreciaciones y en busca de mejor entendimiento al objetivo buscado en el presente trabajo, es preciso anotar que este ordenamiento de manera muy directa, comienza por señalar concretamente las modalidades de selección que regularan la escogencia del contratista así:

---

<sup>17</sup> Ibídem, página 53.

<sup>18</sup> GÓMEZ, Iván Darío. El derecho de la Contratación Pública en Colombia. 1 Ed. LEGIS. 2012. Pág. 96.

<sup>19</sup> DIEK, Carolina. Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. ABELEDOPERROT. 2014. Pág. 163.

“**Artículo 2º.** De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. **Licitación pública.** La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

(...)

2. **Selección abreviada.** La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

(...)

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades (...)

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

(...)

3. **Concurso de méritos.** Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

(...)

4. **Contratación directa.** *La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

(...)

**Parágrafo 5°.** Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2° del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.”

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como gran novedad, tenemos un ordenamiento que expresamente habló de modalidades de selección y se tomó el trabajo de enlistarlas, desarrollarlas y enmarcarlas bajo reglas puntuales.

Bajo esa temática, nos atrevemos a decir que el legislador se preocupó por contemplar novedosas figuras que a la postre terminan siendo verdaderas modalidades de selección, así no las catalogue como tal sino que simplemente las constituya como mecanismos tendientes a seleccionar contratistas.

Tal es el caso de la subasta inversa, instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios y las adquisiciones en bolsa de productos.

Aquí si encontramos no solo algunas novedades, sino contundentes innovaciones en la materia que nos ocupa, que en términos ideológicos, se encuentran soportados en documentos tales como el CONPES 3186 de julio 31 de 2002 a través del cual se pretendió definir una política de estado para la eficiencia y transparencia en la contratación pública. Es en este momento que se abordaron temas en los cuales nos encontrabamos en mora y que tal como lo menciona el documento, exigía “formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que propenda por su eficacia y por su transparencia, que tenga en cuenta el impacto



socio-económico de la misma y que trascienda el enfoque puramente jurídico “formal” con el que el tema ha sido tratado tradicionalmente.”<sup>20</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Aquí se reconoce sin lugar a duda, la necesidad de contar con un sistema moderno que se ajuste a la realidad del país, y que, por ende, satisfaga las necesidades de estado en el esquema de compra pública.

También encontramos destellos del CONPES 3249 de octubre 20 de 2003 a través del cual se fijaron políticas de contratación pública y se reemplazó integralmente el CONPES 3186 anteriormente señalado. De dicho documento, se destaca su recomendación frente a modificar “(...) aspectos puntuales de la Ley 80 de 1993, en el propósito de generar espacios de transparencia en la ejecución de recursos públicos y proporcionar mecanismos que conduzcan a la eficiencia en la gestión contractual de las entidades (...).”<sup>21</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

No obstante ello y a pesar de tener con este ordenamiento las novedades señaladas en precedencia y adicional la determinación del menor valor como la oferta mas favorable para las entidades públicas cuando se trate de la adquisición de bienes de condiciones técnicas uniformes, no fue suficiente el esfuerzo adelantado si partimos de la base que la coyuntura social y económica reflejada en diferentes escenarios tales como el Informe del diagnóstico de las Adquisiciones del País plasmado en un documento del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo el 28 de julio de 2005, con gran manejo y contundencia del tema expresó que “la estrategia encaminada a mejorar el proceso de adquisiciones públicas en Colombia no se debe centrar únicamente en efectuar modificaciones a la Ley 80 y a otras normas relacionadas. Debe también reforzar el marco institucional para el desarrollo y divulgación de políticas, normas y documentación licitatoria y de contratos estándar, en forma ordenada y coherente, de manera

---

<sup>20</sup> Documento CONPES 3186, julio 31 de 2002, pág. 2.

<sup>21</sup> Documento CONPES 3249, octubre 20 de 2003, página 28.

**que se conceda prioridad a la simplificación y no a la introducción de nuevas normas, controles y medidas.**<sup>22</sup>

Claramente esas situaciones no fueron tenidas en cuenta, y el resultado fue el rebustecimiento del ordenamiento jurídico alejado del fortalecimiento del marco institucional que debía soportar el sistema. En respecto no podemos olvidar, que la CINCO fue una instancia legalmente reconocida, pero fácticamente subutilizada frente a los objetivos que entes internacionales como los mencionados habían trazado.

No obstante, se resalta que hubo algunas reglamentaciones tales como el decreto 066 de 2008, decreto 2474 de 2008, decreto 734 de 2012, decreto 1510 de 2013 compilado posteriormente por el decreto 1082 de 2015 que se encargaron de aterrizar las reglas y principios consolidados en el “Estatuto General” sin aportes innovadoras en la materia que nos ocupa.

Así trascurrieron varios años sin tener una respuesta de política pública coherente con la realidad mas que jurídica, social y económica del país.

En este momento, es inevitable manifestar que se fraguaron algunas propuestas de verdadera reforma, que desafortunadamente no lograron tener éxito legislativo por razones no muy claras desde la óptica eminentemente jurídica. En este contexto, llegamos a la expedición de un ordenamiento que trató varios temas, y en el que nos ocupa, no se preocupó por formular alternativas profundas de cambio.

## **2.5 Ley 1882 de 2018.**

Este articulado a través del cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras

---

<sup>22</sup> Informe del Diagnóstico de la Adquisición País, CPAR Update Report, Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, 28 de julio de 2005, Pág.66.

disposiciones, en materia de modalidades de selección, se ocupó de ajustar de manera puntual el proceso de licitación pública así:

**“Artículo 1.** *Adiciónense los parágrafos 2° y 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993:*

(...)

**Parágrafo 2°.** *En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.*

*El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.*

**Parágrafo 3°.** *En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.*

*En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.*

*Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación. las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad.”*

De igual manera y sin ser ello una novedad, se exigió al ejecutivo la adopción de pliegos tipo en los siguientes términos:

**“Artículo 4º.** *Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007:*

**Parágrafo 7º.** *El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.*

*La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.*

*Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”*

Con lo anterior, se pretendió estandarizar tanto condiciones habilitantes como factores técnicos y económicos para la elección de contratistas, lo cual hasta la fecha del presente documento no hemos conocido de manera oficial, manteniendo la incertidumbre frente a la materialización del espíritu del legislador frente al tema y más aún, los verdaderos efectos de la metodología legislativa y reglamentaria frente a la escogencia idónea del mejor contratista.

Además de lo referenciado, el legislador no se ocupó por renovar o reformar aspectos sustanciales en la selección de contratistas, lo cual, a criterio del autor, mantuvo en vilo al ordenamiento jurídico al respecto, a sabiendas de la imperiosa necesidad de hacer cambios sustanciales en la materia, y mucho más, cuando el país venía padeciendo casos de envergadura considerable donde los proyectos venían fracasando por la pésima gestión contractual de los colaboradores del estado.

### **Capítulo 3**

#### **Legislación transversal al Estatuto de Contratación de la Administración Pública**

Adelantar estudios sobre contratación estatal y más aún, sobre escogencia de contratistas sin hacer alusión a la legislación transversal que de una u otra manera a tratado aspectos de manera directa o indirecta relativos a la materia, es desconocer la realidad no solo jurídica, sino también social y económica que han interferido en el desarrollo de esta temática.

Por ello, revisaremos principalmente la legislación anticorrupción y antitrámites que han incidido en el desarrollo de las relaciones negociales del estado, como referentes de regulación y de trazabilidad de estas.

### **3.1 Estatutos Anticorrupción.**

A lo largo de la historia legislativa reciente, tenemos dos articulados que se han encargado de fijar lineamientos y alternativas tendientes principalmente a generar credibilidad de las instituciones públicas. Es así, que, en el año 1995, ese intento se reflejó en la expedición del primer ordenamiento con esos fines con la expedición de la ley 190 de la misma anualidad. No obstante, y en virtud de la reciente entrada en vigor de la ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación de la Administración Pública), el impacto de sus efectos no permitía en ese momento tener una política pública clara que incidiera en el dogma de la corrupción como componente de las decisiones en materia de las relaciones negociales del estado.

Por ello, a lo largo de este compendio no encontramos preceptivas que de manera concreta se refirieran a la selección de contratistas, sino que simplemente, se evidencian algunos destellos respecto a los contratos estatales que no tienen ninguna incidencia en el tema que nos ocupa.

Posteriormente, en el año 2010, se presenta el proyecto de ley número 142 de la misma anualidad a través del cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Frente a tal iniciativa y particularmente en el tema que nos interesa, se plasmaron algunas disposiciones para prevenir y combatir la corrupción administrativa.

Bajo tal premisa, es curioso que este ordenamiento creara una nueva modalidad de selección como lo fue la mínima cuantía. Y es especialmente sorprendente, cuando el espíritu del legislador estaba enfocado a combatir el fenómeno canceroso de la corrupción, y termina de paso abordando temas que ni directa ni indirectamente se asocian al mismo. Es así, que nace una quinta modalidad en un espacio legislativo dedicado a otra cosa, pero que por la creatividad e incluso intereses de algunos, terminando teniendo un lugar inusual en el esquema deliberativo que antecede la promulgación de una ley, todo en ello como consecuencia de las diferentes fuerzas políticas e intereses que gobiernan el modelo democrático.

En esa línea, el artículo 94 de la ley 1474 de 2011 estableció:

*“Artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.*

*La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:  
(...)”*

Desde la titulación del artículo, encontramos contradicciones dogmáticas, pues a criterio del autor, la inclusión de una modalidad de selección no debe estar asociada al concepto de transparencia el cual apunta a otra cosa muy distinta. Por esta razón, es que determinamos que el Estatuto anticorrupción es una legislación transversal que impacta de cierta manera la regulación especial de las relaciones contractuales del estado.

### **3.2 Estatutos Antitrámites.**

En este escenario, también encontramos particularidades que impactan el marco general que regula la contratación pública. Es así como, en el año 1995 con la expedición del decreto 2150 sustentado en facultades extraordinarias otorgadas curiosamente por el Estatuto Anticorrupción (artículo 83 de la ley 190 de 1995), encontramos preceptivas tales como:

*“Artículo 38°.- Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales”.*

También identificamos preceptivas que exceptúan de la regla general de escoger los contratistas del estado a través de la modalidad de licitación pública tales como:

*“Artículo 122º.- Simplificación de los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar. Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.”*

Bajo esa misma dinámica, en el año 2012 con la expedición del decreto 019 de tal anualidad también expedido a la luz de facultades extraordinarias otorgadas por el estatuto anticorrupción (parágrafo 1º del artículo 75 de la ley 1474 de 2011), las modalidades de selección y mas concretamente el concurso de méritos, fue objeto de modificaciones puntualmente frente a la forma de oficializar la lista de precalificados (acto administrativo).<sup>23</sup>

A groso modo, es dable concluir que las normas tendiente a racionalizar trámites, también se han encargado de regular casos puntuales que tienen incidencia en la selección de contratistas, y que por técnica legislativa a criterio del autor, deberían compartir espacio con aquellas disposiciones que de manera especial regulan la materia, es por esto, que las consideramos como regulaciones transversales al Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

## **Capítulo 4**

### **El principio de selección objetiva**

Después de mostrar el marco histórico de la evolución normativa de las modalidades de selección de contratistas como referente primario de la fuente de entendimiento del tema que nos ocupa, es inevitable abordar el concepto de selección objetiva considerando su génesis, y especialmente la naturaleza que la emerge al ámbito de la contratación pública, por tanto, se debe iniciar su análisis tratando de enmarcarla dentro de la sindéresis de la discusión frente a si se trata de un principio, un deber o una regla.

---

<sup>23</sup> Decreto 019 de 2012 artículo 219.



Bajo tal premisa, es necesario revisar el desarrollo legislativo que ha regulado la contratación estatal además de los pronunciamientos jurisprudenciales que han estudiado el tema, y así, generar una visión general del tema que fundamenta el presente documento.

#### 4.1 Desarrollo Legal.

De antemano, se debe tener presente que en las relaciones negociales del estado son de obligatoria y rigurosa aplicación, tanto los principios concebidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como los principios generales del derecho y los particulares que rigen los procedimientos administrativos y que orientan el ejercicio la función administrativa, lo cual se infiere de lo señalado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993<sup>24</sup>.

Del mismo modo, es del caso precisar que en el derecho privado existe el principio de selección objetiva, pues conforme lo ha considerado Dávila (2017):

*“(...) la celebración de un contrato en condiciones favorables o desfavorables y adversas al contratante no genera el repudio del ordenamiento, como si ocurre en materia de contratación estatal. En el orden privado la selección de una buena o mala oferta se erige en un criterio de buena o mala gerencia pero no en el vicio del pacto contractual. A lo sumo generará el reproche administrativo interno de la sociedad (...).”<sup>25</sup>*

Sin embargo, esto no quiere decir que la entidades públicas con régimen contractual privado estén facultadas para inaplicar dicho principio, pues como se ilustrará más adelante, todos los procesos de contratación pública deben estar precedidos de la selección objetiva, claro está, en unos casos con menor rigurosidad que en otros.

---

<sup>24</sup> **Artículo 23°.-** *De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

<sup>25</sup> DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3 Ed. Bogotá D.C. LEGIS, 2017. Pág. 350.

En ese contexto, revisaremos la evolución de la figura en el marco histórico que ha regulado de manera específica la materia, en aras de mostrar su desarrollo y maduración hasta lo que actualmente nos rige bajo los parámetros de su espíritu.

#### **4.1.1 Decreto 150 de 1976.**

A pesar de ser catalogado como el primer Estatuto de Contratación, frente al concepto de selección de objetiva no encontramos un desarrollo concreto que aborde específicamente el tema, sino sencillamente, destellos de ideas de lo que a futuro se delimitó y desarrolló como tal. Es por esto, que es dable afirmar que este ordenamiento se relegó a definir el proceso licitatorio como modalidad por excelencia de selección de contratistas tal como se describió líneas atrás, a establecer sus tipos, a determinar su forma de aplicación, a reglar su procedimiento, y a referenciar la figura de la oferta más favorable.

#### **4.1.2 Decreto 222 de 1983.**

Este ordenamiento, no aportó elemento alguno que nos permita adelantar algún análisis al respecto, pues su articulado mantiene el esquema propuesto por el decreto 150 de 1976 sin mayores contribuciones normativas a lo que históricamente se venía preceptuando.

#### **4.1.3 Ley 80 de 1993.**

En este nuevo escenario y ya bajo la base de un esquema constitucional reciente, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública bajo su reconocida intencionalidad pedagógica<sup>26</sup> incorporó de manera especial el concepto de selección objetiva así:

---

<sup>26</sup> MUTIS, Andrés. La contratación estatal: Análisis y perspectivas. 1 Ed. Pontificia Universidad Javeriana y Fundación Social, 2000. Pág. 90.

*“Artículo 29º.- Del Deber de Selección Objetiva. **La selección de contratistas será objetiva.***

***Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca,** sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

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

*(...).” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Como se puede observar, aquí tenemos varias acepciones que fundamentan la figura, como lo son las expresiones “*más favorable*” y “*más ventajoso*” estructurales a criterio del autor si se tiene en cuenta la teleología de la figura. Bajo estas, se elaboraron unos referentes que delimitaron el alcance de la misma, con el fin de que el operador jurídico la aplicara sin mayores contratiempos.

Así, tenemos un nuevo referente que algunos han tratado como principio, otros como regla y otros como principio.

Posteriormente y bajo una óptica mas visionaria, llega la reforma a la ley 80 de 1993 bajo el contexto explicado en anteriores apartes, donde la figura de la selección objetiva sufrió ajustes considerables tal como veremos enseguida.

#### 4.1.4 Ley 1150 de 2007.

Esta preceptiva, quiso tener una perspectiva más concreta frente al tema, por tanto, derogó de manera expresa la disposición primigenia de la ley 80 de 1993 y contempló en su nuevo espíritu lo siguiente:

*“Artículo 5°. De la selección objetiva. 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.*
- 2. La oferta más favorable será 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será 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<sup>30</sup> designados para ello.*

- 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, 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 incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.*
- 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. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.*

*En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.*

(...)." (Subrayado y negrilla fuera del exto original)

Aquí, ya tenemos señales de una postura mucho más robusta de la figura, cuando el legislador decide tratar criterios de factores de escogencia para efectos de elegir la propuesta más favorable, encaminando sus esfuerzos a determinar elementos concretos para el cumplimiento de tales fines.

Bajo este nuevo escenario, la dinámica precontractual comienza aparentemente una nueva etapa, que solamente los hechos y puntualmente la realidad contractual del país, podrán mostrar los efectos positivos, nocivos o incluso, inertes del entusiasmo legislativo.

Posterior a ello y bajo la denominada normativa transversal, tenemos que el Estatuto Anticorrupción (ley 1474 de 2011) entre sus múltiples ocupaciones, también se preocupó del tema, y propuso algunos cambios a la norma reseñada cuando manifestó:

**“Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición<sup>31</sup> de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:**

*"2. La oferta más favorable será 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será 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 los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, **la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:***

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

**Parágrafo.** *Adiciónese un párrafo 6° en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:*

*"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".*"

De lo innovado, juristas como Suárez (2014) resaltaron el espíritu de la disposición cuando<sup>32</sup> señaló:

*“(…) no se trata de encontrar el menor “precio”, sino de determinar cuál es la oferta con el menor “costo”, vistos unos criterios de calidad mesurables para el efecto.”<sup>27</sup>*

No obstante y frente al escenario normativo en donde se propicia la disposición, es curioso pero real, que en un espacio con fines puntuales como los tenía la ley 1474 de 2011, se abordara un aspecto propio y natural de la normativa especial que rige las relaciones negociales estatales. A pesar de esto y al ser una disposición legal, tenemos hoy en día unos criterios que deberían garantizar o por lo menos permitir que la oferta a escoger sea la más ventajosa para la entidad.

¿Una utopía?, ¿Una falacia?, ¿Un sueño?, ¿Un dogma?, no sabemos, podría ser una u otra opción, o inclusive las cuatro, no obstante ello como se expresó aparcadas atrás, solamente lo podrá evidenciar los hechos que hoy en día no solamente escandalizan nuestra agoviada sociedad, sino que angustian la realidad normativa que regula la selección idónea de contratistas del estado colombiano.

Por último, la reciente modificación a la ley 80 de 1993 adelantada por la ley 1882 de 2018, en su afán de mostrar alguna novedad, propuso:

*“Artículo 5°. Modifíquese el Parágrafo 1 inclúyanse los parágrafos 3, 4 y 5 de artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:*

*Artículo 5°. De la selección objetiva.*

---

<sup>27</sup> SUÁREZ, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1 Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana y LEGIS, 2014. Pág. 367.

**Parágrafo 1º.** *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura<sup>33</sup> contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes*

*hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

*Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*

(...)

**Parágrafo 3º.** *La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.*

**Parágrafo 4º.** *En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.*

**Parágrafo 5º.** *En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.”*

De la disposición en comento, se tiene que más que un aporte a la figura de la selección objetiva en su estricto sentido lato definido por el legislador primigeniamente, generó una reglas propias



de procedimiento inherentes a las etapas de este, que debieron ser tratadas en otro aparte de la<sup>34</sup> regulación, y no en la norma que ajustó bajo técnicas inapropiadas de intervención legislativa.

En ese sentido, es preciso destacar lo expresado por Santofimio (2004) cuando adujo:

*“(…) estamos ante típicas normas que simplemente determinan parámetros para ser desarrollados en los pliegos o términos correspondientes, luego el contenido de algunos de ellos depende en buena parte de lo que cada entidad entienda sobre el alcance de los mismos.”<sup>28</sup>*

Ahora bien, es el momento para resaltar que en muchas ocasiones a través de mal sanas y detestables figuras como la denominada “colusión en las licitaciones” a criterio del autor mejor llamadas como “colusiones en la contratación pública”, encontramos conductas atentatorias no solo desde el ámbito de la competencia a la libre concurrencia de oferentes a los procesos negociales estatales, sino también a la selección objetiva en su concepción de principio.

En este aspecto, entes como la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC 2007) ha expresado:

*“(,,,) cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso licitatorio, la adjudicación podría no ser el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia, constituyéndose en una de las principales vías de defraudación del Estado.”<sup>29</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

A su turno, el Distrito Capital (DC 2016) en su guía para la contratación transparente manifestó:

---

<sup>28</sup> SANTOFIMIO, Jaime orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida. 1 Ed. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2004. Pág. 199.

<sup>29</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica combatir la colusión en las licitaciones. Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. 2007. Pág. 10.

*“La conducta se presenta cuando, en el desarrollo de un proceso de selección o en la<sup>35</sup> ejecución del mismo, existe un acuerdo entre dos o más contratistas para burlar o evadir las reglas establecidas **en contra de la Selección Objetiva** y el principio de Transparencia. (...)*

*Buscar que las ofertas que compiten sean reducidas a una, implica que la Entidad se vea obligada a escoger al proponente bajo una “camisa de fuerza”, lo cual genera un costo*

*más elevado que si no existiere el acuerdo, dado que la libre competencia implica en muchos casos, mejores precios.”<sup>30</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Hasta aquí tenemos en la actualidad el abordaje de la selección objetiva, que de manera inevitable debemos articular con los pronunciamientos de las altas cortes al respecto, y que constituyen fuente auxiliar del derecho dentro de nuestro esquema jurídico. Por ello, revisaremos la línea que las altas corporaciones han definido al respecto, con el fin de tener una visión integral de su esencia, alcance y aplicabilidad en el mundo de la contratación pública.

## **4.2 Desarrollo Jurisprudencial.**

En virtud a que estamos frente a una figura con un desarrollo legal relativamente reciente y con una estructura no solo semántica sino teleológica que se presta para varias lecturas, es menester revisar de manera sucinta el desarrollo jurisprudencial dado a la selección objetiva por los máximos órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, a partir de su consagración normativa que la regula.

### **4.2.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.**

Cómo máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia a abordado la figura de la selección objetiva concretamente cuando sus análisis han circundado

---

<sup>30</sup> ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA JURÍDICA. Guía para la Contratación Transparente en el Distrito de Bogotá. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Jurídica. 2016. Pág. 37-38.

algunos delitos contra la administración pública. En esa perspectiva, destacamos lo manifestado<sup>36</sup> en Sentencia 47776 de 2016, cuando esta Corporación recordó la tesis jurisprudencial vigente sobre la configuración del delito tipificado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano, denominado “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, cuando se celebran contratos estatales con el desconocimiento de los principios Constitucionales y Legales que orientan la contratación pública así:

*“Además de limitarse a transcribir un aparte descontextualizado de un fallo, sin tener en cuenta las reglas básicas para el análisis jurisprudencial, el censor dejó de considerar importantes y recientes pronunciamientos sobre la materia. Verbigracia, la decisión CSJ-SP, 30 Sep. 2015, Rad. 46779, donde se reiteró la postura de la Sala sobre los elementos estructurales del delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal:*

*En CSJ SP, 21 jun. 2010, rad. 30677, sostuvo:*

*La Corte tiene dicho que el elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. De ahí que, **cuando se desconozcan principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente<sup>31</sup> y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista<sup>32</sup>.**”<sup>33</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

---

<sup>31</sup> Auto del 20 de agosto de 2002, Radicado N° 18.029.

<sup>32</sup> Providencia del 22 de mayo de 2006, Radicado N° 23.836, entre otras.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. AP -2076-2016. Radicación N° 47776. 11 de abril de 2016.

Posteriormente, esta misma Sala, en Sentencia 48250 de 2017, reafirmó que la inobservancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva configura el delito de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”, siempre y cuando la actuación del agente se encuadre dentro de la descripción típica establecida por la ley:

*“Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del CP, según las aludidas fases de la contratación, descartando su ampliación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad (art. 10 inc. 1º ídem). Al respecto, la Sala (CSJ SP 11 jul. 2012, rad. 37.691) puso de presente:*

*Ninguna explicación razonable tendría que el legislador, al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, hubiese empleado los términos “tramitar”, “celebrar” y “liquidar” para definir las fases en cuyo ámbito se estructura la conducta punible, indicando así que el primero de ellos no se refiere a todo el proceso contractual sino solamente a una parte de él, no otro que el correspondiente a la etapa precontractual, porque de ahí en adelante solamente decidió tipificar el ciclo propiamente contractual y el atinente a la liquidación.*

*Dígase, adicionalmente, que si bien el principio de legalidad que gobierna la contratación impone predicar la configuración del mencionado ilícito **cuando se desconocen los axiomas tutelares de esa clase de actuaciones estatales, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva,** lo cierto es que el mismo principio de legalidad únicamente tolera la imposición de sanciones penales cuando el comportamiento del agente se enmarca estrictamente en una descripción típica previamente establecida por la ley. Si tal situación no acontece, la*

*conducta devendrá atípica por la no realización de todos sus elementos descriptivos.*"<sup>34</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original) 38

En este mismo pronunciamiento, reiteró la importancia del principio de selección objetiva y reafirmó la tesis jurisprudencial que señala que este principio es de rigurosa aplicación para todas las entidades públicas sin importar su régimen contractual:

*“Sobre la incorporación de los principios que rigen la contratación con el Estado a los tipos constitutivos de celebración indebida de contratos, la Sala ha expresado:*

*Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, si es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.*

*[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, **la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública***<sup>35</sup>.

*Bien se ve, entonces, que el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344), al margen de que se encuentren regulados por la Ley 80 de 1993 o que estén reglamentados por algún*

---

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. SP712-2017 Radicación N° 48.250. 25 de enero de 2017.

<sup>35</sup> CSJ SP, 6 may. 2009, rad. 25.495, reiterada en SP, 22 jun. 2016, rad. 42.930.

*régimen especial (CSJ SP 30 ene. 2008, rad. 28.434).* (Subrayado y negrilla fuera de texto original). 39

En otro pronunciamiento, igualmente reiteró la relevancia del principio de selección objetiva como principal objeto de protección penal, en la medida en que su inobservancia puede constituir el tipo penal “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”:

*“En el mismo sentido, en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala no ha sido menos explícita en la concreción del ámbito de tutela del bien jurídico de la Administración Pública, **resaltándose la relevancia del principio de selección objetiva como principal objeto de protección penal.**”<sup>36</sup>*  
(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De lo anterior se colige frente al tema que nos ocupa, que la selección objetiva es considerada como un bien jurídico que propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública.

#### **4.2.2 Jurisprudencia del Consejo de Estado.**

Por su parte, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar en mejor medida el alcance del principio de selección objetiva en sus diferentes pronunciamientos, donde destacamos principalmente los siguientes:

Mediante Sentencia 29855 de 2014, resaltó las diferencias entre el contenido inicial del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y nueva regulación contemplada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, todo esto con el fin de precisar los cambios importantes introducidos al deber de selección objetiva:

---

<sup>36</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. SP153-2017 Radicación N° 47100. 18 de enero de 2017.

*“El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que la escogencia se realice a la oferta más favorable a la entidad pública y a los intereses que ella busca, desprovisto de razones de afecto o de interés particular y, en general, de cualquier consideración subjetiva, **el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento.***

(...)

*La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados.”<sup>37</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

En sentencia 34778 de 2014, la Subsección A de la Sección Tercera recogió y recopiló la mayoría de su jurisprudencia acerca de las reglas de adjudicación y la declaratoria de desierta la licitación pública, para identificar los supuestos bajo los cuales, a partir de las reglas de asignación de puntaje, era procedente declarar desierta la licitación:

*“(…) la Sala identifica los **siguientes supuestos en los cuales procede la decisión de nulidad del acto que declara desierta la licitación pública** bajo las reglas de la*

---

<sup>37</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación: 250002326000200201606-01. Expediente: 29.855. 12 de noviembre de 2014.

*Ley 80, cuando se comprueba que la regla de asignación de puntaje para adjudicar o declarar desierta: i) no fue establecida o definida en forma clara, completa y equitativa; ii) fue modificada en el momento de su aplicación; iii) **se estableció con fundamento en criterios distintos de los fijados para selección objetiva**, o en uno sólo de ellos; iv) la regla de adjudicación era imposible de cumplir; v) su aplicación hacía nugatorio el derecho a una utilidad en la ejecución del contrato y, vi) la*

*postura del proponente frente a la regla definida fue contraria a la buena fe exigida en el procedimiento de contratación.”<sup>38</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

La Sala Plena de la Sección Tercera, mediante Sentencia 36805 de 2015, ha afirmado que el ordenamiento jurídico concibió a la selección objetiva bajo tres perspectivas diferentes, en primer lugar, como principio, en segundo como deber legal y por último como procedimiento:

*“**En relación con la selección objetiva**, en primer lugar conviene señalar que, tal como se advirtió anteriormente, **no cuenta con una regulación uniforme en punto de su naturaleza**. En efecto, el Estatuto de Contratación alude a ella tanto **como principio** (artículos 24 parágrafos 2° y 3°, y 38 de la Ley 80 de 1993 y 2° número 2, letra e. d e la Ley 1150 de 2007), **como deber** (artículos 25 número 1 y 76 de la Ley 80 de 1993, y artículo 5° de la Ley 1150 de 2007) y aún **como simple procedimiento** (artículos 21, 24 número 8, 32 parágrafo 2° y 37 parágrafo 1° de la Ley 80 de 1993, y 2° número 2 de la Ley 1150 de 2007).”<sup>39</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

En Sentencia 34395 de 2015, reiteró la importancia del principio de selección objetiva para los proponentes, las entidades contratantes y para los entes de control, con el fin de resaltar la

---

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. radicación: 25000232600020050021401. Expediente: 34778. 1 de octubre de 2014.

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Radicación: 110010326000200900043 00 (36805). 23 de julio de 2015.



importancia de la claridad, precisión y especificidad de las exigencias y disposiciones del pliego<sup>42</sup> de condiciones para la adecuada selección de la propuesta más favorables a la entidad y a los fines buscados:

*“En ese mismo sentido y en cuanto a la importancia que revisten, en la escogencia objetiva del contratista, los criterios de selección de las propuestas y su correspondiente ponderación detallada y precisa, tanto para los proponentes, como*

*para la Administración y para los órganos de control, en la citada providencia se señaló:*

*Desde el ámbito de los proponentes, porque les permite conocer: i) las reglas con sujeción a las cuales deberán elaborar sus ofrecimientos; ii) los aspectos que serán materia de valoración por parte de la Administración; iii) el puntaje exacto que se asignará a cada uno de dichos factores y iv) la forma en la cual se hará el análisis comparativo de las ofertas.*

*Desde la óptica de la Administración, le impone: i) el cumplimiento de los parámetros establecidos por ella misma en el pliego de condiciones para la evaluación y comparación de las ofertas; ii) la imposibilidad de desconocer dichos criterios o de adoptar criterios diferentes al momento de la evaluación; todo lo anterior en garantía de los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad, de moralidad y de selección objetiva, propios de la contratación estatal, que de otra manera se verían seriamente comprometidos, como también lo estaría la legalidad del acto de adjudicación de la licitación.*

*Para efecto de los controles, porque facilita: i) ejercer el control disciplinario respecto de los funcionarios encargados de efectuar la evaluación y adjudicación de las ofertas, con el fin de establecer su responsabilidad; ii) adelantar el control fiscal para determinar si la adjudicación de la licitación ha permitido los mejores resultados en términos de gestión administrativa y aplicación eficiente de los recursos del*

*Estado; iii) solicitar el control judicial para impugnar el acto administrativo de adjudicación cuando haya sido expedido con desconocimiento de los principios orientadores de la contratación, entre ellos el de transparencia y el de selección objetiva.*

*Así pues, **las entidades estatales honrarán el principio de selección objetiva siempre que cumplan el deber legal de aplicar rigurosamente los criterios de selección y su respectiva ponderación, los cuales, a su vez, deben haber sido establecidos en forma***

***clara, precisa y detallada en el pliego de condiciones; sólo de esta manera podrá elegirse la propuesta que, atendidos los fines que ella busca y obtenido el mayor puntaje de la aplicación estricta de tales factores, resulte ser la más favorable para la entidad.***<sup>40</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

En Sentencia 49847 de 2016, la Sección Tercera recogió y reiteró la línea jurisprudencial definida por esa Corporación sobre el alcance del principio de selección objetiva, en los siguientes términos:

*“La Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado el alcance de este postulado, al manifestar:*

*“El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos<sup>41</sup>.*

---

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: HERNAN ANDRADE RINCÓN. Radicación: 250002326000 200003774 01. Expediente: 34395. 26 de agosto de 2015.

<sup>41</sup> Esta línea Jurisprudencial fue reiterada recientemente en la Sentencia - CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 2118957 85001-23-31-000-2000-00282-01 (37834). 5 de julio de 2018.

*De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.*

*La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante*

*de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.*

*Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad.”<sup>42</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

En la Sentencia 37066 de 2016 reiteró la tesis jurisprudencial según la cual, el evadir los procedimientos de selección objetiva puede constituirse en una causal de nulidad absoluta del contrato:

---

<sup>42</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847). 27 de enero de 2016.

*“En relación con la causal 3ª la jurisprudencia ha establecido de manera reiterada que **cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley, incurrir en abuso o desviación de poder** al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad, circunstancias que a la luz del citado Estatuto Contractual, configura la causal de nulidad absoluta del contrato[xi].*

*Significa entonces que **las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual** y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.”<sup>43</sup>*

Esta línea jurisprudencial recientemente fue reiterada por esta Corporación en la Sentencia 37834 del 7 de julio de 2018<sup>44</sup>.

Esta misma tesis había sido retomada y reiterada en la Sentencia 29473 de 2015, en la cual, de manera más precisa puntualizó que la violación del principio de selección objetiva bien puede encuadrarse en la causal 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993 denominada abuso o desviación de poder o en la causal de nulidad de los contratos en el derecho privado como lo es la nulidad absoluta por objeto ilícito:

---

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Proceso número: 190012331000200201142-01 (37066). 2 de mayo de 2016.

<sup>44</sup> Ver - CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 2118957 85001-23-31-000-2000-00282-01 (37834). 5 de julio de 2018.

*“En pretérita oportunidad esta Subsección expresó lo que a continuación se transcribe por ser pertinente en este caso:*

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

*En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.*

***En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.***

***Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.”***

Así las cosas, si se afirma que se celebró un contrato con vulneración al principio de selección objetiva del contratista, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 3° del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

*Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.*

*Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2° del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.*

*Luego, si se entiende que la causa es “el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.”y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común”<sup>45</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En este mismo pronunciamiento puntualizó que el principio de selección guarda estrecha relación con el principio de libre concurrencia, en la medida en que si no se garantiza la libertad de acudir al proceso de selección, se viola el principio de selección objetiva y del mismo resaltó que el estudio de precios y costos del contrato también incide en la garantía plena de este principio:

---

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación: 25000-23-26-000-2002-02240-01 (29.473). 13 de febrero de 2015.

*“Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.*

*Y es que si no se garantiza la libre concurrencia de los interesados, se vulnera el principio de selección objetiva, pues al excluir posibles proponentes se estaría*

*creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta.*” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

#### **4.2.3 Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

Mediante Sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional confirmó la constitucionalidad de lo señalado en el inciso 3 del artículo 29 de la Ley 80 de 1993. En esa oportunidad, analizó si el deber de selección objetiva consagrado en dicho inciso violaba el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, por tanto, en tal sentido concluyó:

*“(…) la Corte encuentra que la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias, no resultaría suficientemente garantista del interés general, y podría, incluso, clasificarse de negligente. Y por otro lado ve también que las circunstancias anotadas, cuando llevan a la selección, no la hacen subjetiva o discriminatoria, y ello por cuanto de conformidad con lo reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional, la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos. En efecto, esta Corte en muchas oportunidades ha hecho ver que un trato desigual está muchas veces constitucionalmente legitimado; así por ejemplo en la Sentencia C-530 de 1993[3], expuso los siguientes conceptos, que una vez más se reiteran:*

**En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes, está plenamente justificado** por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido,

*esto es la garantía de la prevalencia del interés general.*<sup>46</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo esta precisión jurisprudencial se puede colegir que la selección objetiva parte de la aplicación de un trato distinto o desigual entre los oferentes, quienes partiendo de la exigencia de unos requisitos generales y comunes entre ellos, acreditan la mejor idoneidad y calidad necesaria para la ejecución de determinado contrato. Ese trato desigual no tiene una propósito distinto al de garantizar la satisfacción del intereses general o colectivo como lo es el cumplimiento de los fines estatales y, a su vez es el valor implícito que motiva la celebración de todos los contratos estatales, de manera tal que, no tiene cabida considerar que el principio de selección objetiva desconoce los postulados del derecho a la igualdad.

La anterior precisión jurisprudencial fue confirmada mediante Sentencia C-932 de 2007, en cuya oportunidad nuevamente se ejerció la acción pública de constitucionalidad en contra del del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 bajo los mismo cargos, esto es, la supuesta violación del derecho a la igualdad y frente a lo cual la Corte Constitucional decidió rechazar la demanda bajo el entendido que existía cosa juzgada constitucional, conforme a lo resuelto en la Sentencia C-400 de 1999.

---

<sup>46</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 400/99. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Referencia: Expediente D-2268. 2 de junio de 1999.



No obstante, en esta sentencia dicha Corporación reiteró, en los mismos términos que lo había<sup>50</sup> hecho en la Sentencia C-128 de 2003, que con la selección objetiva de contratistas se garantiza la defensa del interés público por medio de la transparencia y moralidad en la contratación administrativa y se pretende garantizar la igualdad de oportunidades entre los concurrentes y la selección de la propuesta más favorable y conveniente para la satisfacción de los intereses buscados por la entidad contratante:

*“Para garantizar la defensa del interés público con la transparencia y moralidad en la Contratación administrativa, **la ley impone la selección objetiva de los contratistas privados, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtención de la administración de las condiciones más ventajosas para el interés público.** La selección del contratista fundada en criterios de favorabilidad para la administración busca conciliar, de un lado, el deber de los servidores públicos de actuar de acuerdo con el interés general, de manera transparente y moral y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública.”<sup>47</sup>*

Mediante Sentencia C-300 de 2012, dicha Corporación precisó los criterios generales que se deben contemplar para la selección objetiva de los contratistas, a partir de la nueva reglamentación de este principio en la Ley 1150 de 2007:

*“El artículo 29 de la ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150, y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 ibidem. **En esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista: (i) la capacidad jurídica,** condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de*

---

<sup>47</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 932/07. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Referencia: Expediente D-6794. 8 de noviembre de 2007.

selección; **(ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico;** **(iii) el menor precio,** en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y **(iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo,** en los procesos dirigidos a la selección de consultores. Dada la importancia para los fines del Estado del principio de selección objetiva del contratista, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva; es más, la Corte ha reconocido que en tanto la licitación es mencionada en el artículo 273 superior, el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución.”<sup>48</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Dentro de este mismo pronunciamiento, esta Corporación señaló que en la selección objetiva de contratistas revisten especial importancia los principios de libre concurrencia y de igualdad, así:

“En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: **la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.** El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

---

<sup>48</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 300/12. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Referencia: Expediente D-8699. 25 de abril de 2012.

Por medio de la Sentencia C- 595 de 2014 señaló que es obligatoria la aplicación del principio de selección objetiva en las modalidades de asociación público privadas, así lo señaló:

**“Las dos modalidades de APP están en todo caso sometidas a sistemas de selección objetiva regidos por el principio de libre concurrencia. En el caso de las APP de iniciativa pública, la ley 1508 autoriza apelar a un sistema de precalificación – artículo 10- y sujeta la selección de la mejor oferta a los criterios previamente establecidos en los respectivos pliegos de condiciones o sus equivalentes, en los que se podrán incluir aspectos como “(...) los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato” –artículo 12.2”**<sup>49</sup>

Bajo tales antecedentes, se puede concluir que estamos frente a un verdadero principio que como los de publicidad, igualdad, imparcialidad, legalidad, entre otros, subyace del principio de transparencia, esto por cuanto, este último como principio rector de todas la entidades públicas, contenido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sin importar la modalidad de selección del contratista que se acoja, está orientado en la igualdad de oportunidades para los proponentes; en la publicidad de los procedimientos y actos contractuales; en la garantía y apego a las modalidades de selección y en la escogencia del ofrecimiento más favorable a la administración y a los fines que ella busca.

Teniendo en cuenta todas las precisiones jurisprudenciales acabadas de citar, en el siguiente cuadro se extraen las líneas y precisiones de cada Corporación, como presupuestos para la debida aplicación del principio de selección objetiva en la contratación pública:

---

<sup>49</sup> CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 595/14. M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Referencia: Expediente D-10101. 20 de agosto de 2014.

| Corte Constitucional   | Consejo de Estado   | Corte Suprema de Justicia  |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• El principio de selección objetiva garantiza la supremacía del interés general sobre interés personal o subjetivo.</li> <li>• la selección objetiva parte de la aplicación de un trato distinto o desigual entre los oferentes, quienes, partiendo de la exigencia de unos requisitos generales y comunes entre ellos, acreditan la mejor idoneidad y calidad necesaria para la ejecución de determinado contrato.</li> <li>• Mediante la aplicación de los procedimientos de selección objetiva, se garantiza la defensa del interés público, además, se protege la igualdad de oportunidades entre los oferentes y se asegura a la administración la escogencia de la propuesta más favorables y ventajosa para sus intereses.</li> <li>• En la aplicación del principio de selección objetiva se manifiestan otros principios tales como la libre concurrencia, igualdad, moralidad e imparcialidad.</li> <li>• Dentro de la selección objetiva, el principio de igualdad se concreta bajo los siguientes supuestos: i) igualdad de condiciones para los oferentes, ii) igualdad de oportunidades para participar en los procesos, iii) los pliegos deben estar diseñados para garantizar la igualdad entre oferentes, iv) evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y v) la adopción de medidas de discriminación positiva en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El principio de selección objetiva se traduce en la escogencia de la propuesta más favorable y conveniente para los intereses que busca satisfacer la administración con la celebración del contrato.</li> <li>• En el estatuto de contratación pública, la selección objetiva está concebida bajo tres puntos de vista; como principio, como deber legal y como procedimiento.</li> <li>• La selección objetiva se fundamenta en los principios de transparencia, igualdad, economía, eficiencia, eficacia, libre concurrencia, imparcialidad y moralidad.</li> <li>• La selección objetiva es uno de los principios más importantes de la contratación pública, ya que en este se concreta la aplicación de otros principios generales.</li> <li>• En virtud del principio de selección objetiva, las reglas del proceso no pueden dar lugar a confusión, duda o incertidumbre sobre las reglas, condiciones y exigencias señaladas en el pliego de condiciones para la evaluación de las ofertas, el desarrollo del proceso y la ejecución del contrato.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Es imperativa de los principios generales de la contratación pública en todos los procedimientos, contextos y situaciones que involucra el ejercicio de la actividad contractual pública, por el solo hecho de tratarse de recursos públicos, sin importar su régimen contractual de la entidad pública contratante.</li> <li>• Cuando se celebran contratos estatales con el desconocimiento de los principios Constitucionales y Legales que orientan la contratación pública – selección objetiva- se configura el delito tipificado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano, denominado “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, siempre y cuando, la actuación del agente se encuadre dentro de la descripción típica establecida en la legislación penal.</li> </ul> |

**Idoneidad, favorabilidad, tipificación de su vulneración como conducta punible.**

## Tabla 1. Línea Jurisprudencial

### Capítulo 5

#### La favorabilidad de la oferta: ¿Una realidad o una utopía fáctica?

Aterrizando el marco conceptual y el desarrollo jurisprudencial que hemos venido abordando a lo largo del presente escrito, es menester revisar si los criterios que el legislador y consecuentemente el interprete normativo han sido suficientes para materializar su espíritu, y mas concretamente para hacer realidad la sindéresis de este frente a la escogencia del mejor contratista del estado.

Bajo tal perspectiva, es de obligatoria mención recapitular la esencia de la premisa legislativa, circunscribiéndola al siguiente esquema:

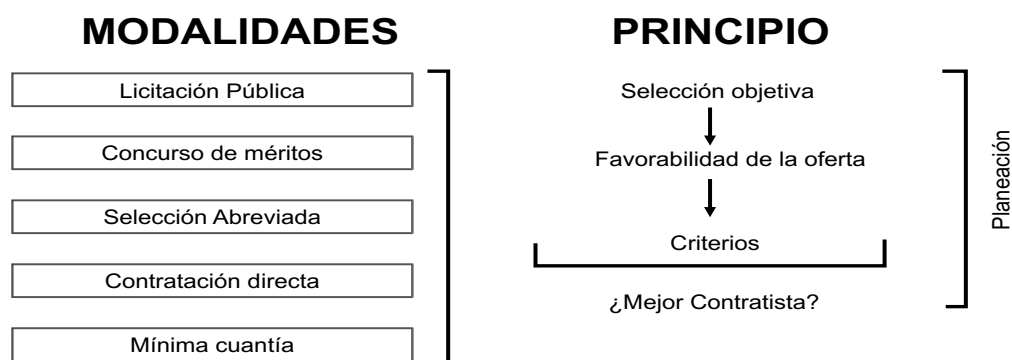


Figura 1. Esquema de selección de contratistas

Bajo tal estructura, tenemos la esencia de la metodología a través de la cual se eligen los<sup>55</sup> colaboradores del estado, y más allá de ello, a través del cual se ejecuta una parte muy significativa del Producto Interno Bruto de nuestro país. En este aspecto, es de gran relevancia destacar tal como lo ha manifestado la jurisprudencia, que la definición de modalidades de selección debe enfocarse a la escogencia objetiva de contratistas, siempre sobre la base de pilares fundamentales como lo son la libre concurrencia de estos a la oferta estatal, la transparencia, la igualdad, la imparcialidad, la economía, la eficiencia, la eficacia y la moralidad, conceptos estos soportados en otros de viejísima data aún más complejos de entender como la corrupción, otros más modernos y hasta exóticos como la colusión, y otros propios de nuestro modelo constitucional como aquellos que fundamentan la función administrativa.

Todo este andamiaje normativo, hermenéutico y dogmático se ha venido reduciendo a un criterio, algo vago en concepto del autor como lo es el de favorabilidad de la oferta, enmarcado dentro de la temática de la definición de criterios a tener en cuenta para su materialización tal como lo plantea el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 cuando establece que “(...) *La oferta más favorable será 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. (...)*”.

Ahora bien, si partimos de lo que etimológicamente se entiende por “favorable”, que en términos de la Real Academia Española significa “*propicio, apacible, benévolo*”, se tiene que lo contemplado por el legislador dista de la concepción primigenia del concepto de dicha acepción, y mucho más cuando con ingenio y creatividad articula el mismo con el concepto de “ventajosa” gramaticalmente adjetivo de “ventaja” definida por la RAE como “*superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa*”.

Es claro que este juego de palabras termina siendo más entendible a la luz de los pilares del principio de la selección objetiva anteriormente señalados, los cuales tienen un alcance normativo mejor delimitado y estructuralmente mejor determinado en nuestro ordenamiento jurídico. Es por

ello, que debemos ahondar en la premisa planteada por el legislador transcrita líneas atrás, en<sup>56</sup> aras de poder determinar si la favorabilidad es una realidad, o una utopía fáctica tal como se denominó el capítulo que nos ocupa, no sin antes destacar, que todo ello jamás podrá abandonar el célebre pero maltratado principio de planeación el cual cumple un papel fundamental en la estructuración del proceso contractual.

En ese orden, tenemos que las reglas que se establecen en los pliegos de condiciones bajo los parámetros contemplados normativamente que se resumen en la conjugación de alternativas tales como *“La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o (...) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad”*, terminan siendo la clave, o mejor, la fórmula mágica para escoger la mejor propuesta que satisfaga los intereses estatales.

Hasta donde lo anterior se constituye en un esquema idóneo para elegir los colaboradores del estado, eso solamente se puede determinar con el éxito de los negocios jurídicos que se suscriban como consecuencia de este modelo, por tanto, es clave mostrar algunos casos de incidencia nacional, en donde se evidencia la dinámica del modelo.

En ese entendido, a continuación revisaremos dos casos (el primero con vigencia de la ley 80 de 1993 y el segundo con la modificación de la ley 1150 de 2007) en donde se pone en práctica lo anteriormente señalado, queriendo con ello mostrar la efectividad del esquema, o por el contrario, la ineficiencia del mismo en términos prácticos, sin querer con esto generalizar ni mucho menos estigmatizarlo.

### **5.1 Contrato de obra 137 de 2007 suscrito por el IDU para la construcción y adecuación de la Fase III de Transmilenio.**

Con ocasión de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007, el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, adjudicó los contratos de obra 134, 135, 136, 136, 137 y 138 de 2007, con el objeto ejecutar todas la obras de construcción y actividades necesarias para la adecuación del Sistema de Transmilenio en la Calle 26 y Carrera 10 – Fase III.

El Contrato 137 de 2007, fue suscrito el 28 de diciembre de 2007 entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Unión Temporal TRANSVIAL, y su objeto fue *“la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (avenida Jorge Eliécer Gaitán) al sistema transmilenio y el posterior mantenimiento, en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42b y en el tramo 4 comprendido entre la carrera 42b y la carrera 19, grupo 4.”*

Previo a la suscripción del citado contrato, el IDU adelantó el proceso de selección de los contratistas por medio de la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007. Teniendo en cuenta la magnitud el proyecto, la entidad decidió contratar la construcción en 5 grupos.

Para la convocatoria del Grupo 4, se presentaron dos oferentes: el Consorcio Colombo Chino, cuya oferta fue rechazada al licitar por encima del presupuesto oficial, y la Unión Temporal TRANSVIAL, integrada por empresas controladas por el denominado grupo NULE.

El primer hecho de corrupción de este contrato se dio momentos previos a su adjudicación, cuando los representantes de la Unión Temporal TRANSVIAL pagaron algunas dádivas a funcionarios del IDU, con el fin de asegurar la adjudicación a su favor. Así lo determinó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 37.322 de 2012:

***“1.- Respecto al Contrato IDU-137-2007 (Transmilenio calle 26).***

*“(…)*

*Para lograr el propósito antes mencionado, es decir la entrega del contrato a cambio de una suma de dinero, (...) **se incurrió en violación de los principios de la contratación estatal como el de selección objetiva**, el de transparencia y el de*



*igualdad, lo que efectivamente conllevó a la suscripción del contrato No. 137 de diciembre de 2007 (...)*<sup>50</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original) 58

En efecto, mediante Resolución 06675 del 21 de diciembre, el IDU adjudicó a dicha Unión Temporal la ejecución del Contrato 137 de 2007 y sin lugar a duda, en dicha resolución quedó plasmado que este proponente fue el único habilitado y obtuvo el máximo puntaje en todos los criterios de evaluación, como fueron la propuesta económica (900 puntos) e incentivo a la Industria Nacional (100 puntos).

Como resultado del control excepcional que ejerció la Contraloría General de la República a la ejecución de los contratos suscritos por el IDU para la construcción y adecuación de de la Fase III del Sistema Transmilenio, se identificaron algunas situaciones que permitieron evidenciar tanto falencias en el planeación y ejecución, como también actos de corrupción atentatorios de la selección objetiva en su acepción de principio tales como el incumplimiento reiterado y generalizado de la normatividad que regula la contratación estatal mediante el empleo de la figura del contrato adicional, sin surtir procesos licitatorios y sin contar con unos adecuados estudios

previos, que los justificaran técnica, económica y jurídicamente, los diversos incumplimientos en los avances programados de metas físicas, las permanentes reprogramaciones de los cronogramas de obra que originaron numerosas renegociaciones, que incrementaron los costos globales del contrato, la flexibilización de los requisitos para la entrega de los anticipos en los contratos, mediante la figura del Otrosí, que disminuyeron los requisitos pactados inicialmente para el desembolso de los recursos, lo que se constituyó en una actuación contraria al interés general y a los principios y fines de la contratación estatal.

Todo lo anterior, sumado a las presiones políticas, sociales y de los Entes de Control, el 15 de mayo de 2010, el IDU autorizó la cesión del contrato en cuestión, y a partir de ese momento Conalvias S.A. asumió la totalidad de la ejecución de las obras del Grupo 4.

---

<sup>50</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento. M.P.: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Radicación N° 37.322. 27 de septiembre de 2012.

Aquí se evidencia claramente que a pesar de haberse elegido la modalidad de selección<sup>59</sup> determinada por el ordenamiento jurídico, el principio de selección objetiva fue diluido por completo, si partimos que el concepto de favorabilidad (propuesta ventajosa) quedó relegado a un tema conceptual jamás llevado a la realidad, más aún cuando la misma entidad definió exclusivamente dos factores de ponderación (precio e industria nacional), váyase a saber si como consecuencia de las conductas corruptas que circundaron el proceso, o si por el contrario, por el flagrante desconocimiento del esquema legal que soporta la selección de contratistas del estado.

La única realidad del caso mostrado, es que efectivamente no se escogió al colaborador más idóneo de la administración.

## **5.2 Contrato 3460 de 2008 suscrito por el INVÍAS para la construcción del túnel de la línea.**

Este contrato fue suscrito el 24 de diciembre de 2008, entre la Unión Temporal Segundo Centenario y el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, con el objeto de elaborar los “*Estudios y diseños, gestión social, predial y ambiental, construcción y operación del proyecto "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL: TÚNELES DEL II CENTENARIO - TÚNEL DE LA LÍNEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCÁ - CAJAMARCA*”, por un valor inicial de \$629.052’989.746, bajo la modalidad de llave en mano y un plazo inicial de ejecución de 70 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previa realización del proceso Selección Abreviada No. SA – SGTGGP-001 de 2008.

Dentro del pliego de condiciones, se estableció que el proyecto constaría de la “*Construcción del Túnel Unidireccional en sentido Cajamarca – Calarcá, la Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca incluyendo las respectivas obras de conexión, la ampliación del Túnel Piloto de La Línea a Túnel Unidireccional en sentido Calarcá – Cajamarca y el suministro, instalación, puesta en marcha y operación de los equipos electromecánicos para el Túnel Unidireccional en sentido Cajamarca – Calarcá. Este proyecto forma parte integrante del Corredor vial Bogotá – Buenaventura en la Ruta 40 - Tramo 03 de la Red Vial Nacional.*”

Como requisito para la admisibilidad técnica de las propuestas, dentro del Pliego de<sup>60</sup> Condiciones, se exigió a los proponentes la acreditación de experiencia general mínima en Construcción de: Carreteras primarias y/o vías urbanas principales, puentes viales y/o viaductos viales y túneles.

Como factores de evaluación y ponderación de las propuestas, se estableció el otorgamiento de un máximo de 1.000 puntos en los factores de: Valor de la Propuesta (750 pts.); Factor de calidad, mediante la acreditación de experiencia específica en construcción de túneles, adicional a la mínima de 5.000 metros aportada en la experiencia general (100 pts.); Apoyo a la industria nacional (100 pts.) y Programa de Reincorporación, consistente en la vinculación de personal beneficiario del citado programa (50 pts.).

En lo que atañe a la experiencia específica adicional, se establecieron algunos criterios tendientes a acreditar mayor vagaje en la materia de acuerdo a los parámetros técnicos definidos por la entidad.

Al citado proceso de selección, concurrieron ocho (8) proponentes de los cuales solamente tres (3), obtuvieron puntaje.

Durante la ejecución del contrato, el mismo fue objeto de múltiples modificaciones además de una interpretación unilateral por parte del INVÍAS, la suscripción del documento denominado Bases del Acuerdo Conciliatorio, imposición de cuantiosas multas, declaratoria de caducidad administrativa del contrato en donde se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la inhabilidad de cada una de las sociedades integrantes de la Unión Temporal Segundo Centenario (posteriormente no aplicada como consecuencia de un acuerdo conciliatorio) todo esto debido a los retrasos de las obras.

Sumado a lo anterior, la Contraloría General de la República mediante Informe de Auditoría CGR – CDIFTCEDR No. 051 – 2011, CGR-CDI- No. 020 de 2013, CGR-CDIFTCEDR No. 025 de 2015, este Ente de Control mediante Informes de Auditoría advirtió irregularidades como la falta

de amortización del anticipo por parte del contratista, puso de presente que a raíz de las<sup>61</sup> suspensiones de las obras y como consecuencia de los presuntos incumplimientos atribuibles a la unión temporal, se ponía en riesgo el cumplimiento de los plazos del contrato, manifestó que existió desconocimiento del principio de planeación y economía, por cuanto en la ejecución de los proyectos, sus alcances eran susceptibles de múltiples modificaciones, adiciones e inclusive disminuciones, que la eliminación de la etapa de operación y mantenimiento del proyecto, sin modificar el valor del contrato, no daba claridad al uso y manejo que se le daría a los recursos que se habían destinados para la ejecución de esta etapa, evidenció la falta de planeación y coordinación interinstitucional entre las entidades del mismo Sector del Ejecutivo entre otras dificultades que claramente y sin merecer mayor esfuerzo analítico, muestran que el contratista elegido no fue el más idóneo, y por supuesto, que las reglas de la selección objetiva se quedaron cortas al momento de su definición.

Finalmente, este contrato terminó el 30 de noviembre de 2016, con un porcentaje de ejecución de 88 %, como quiera que el INVÍAS decidió no conceder más prórrogas al contratista, ante la solicitud de este para ejecutar el 12% restante de la obra.

Por último, mediante Informe de Auditoría Vigencia 2016 CGR-CDIFTCEDR No.016 – agosto 2017, dicho Ente de Control advirtió al INVÍAS del posible detrimento patrimonial por valor de \$4.228.225.450, ocasionado por la no ejecución total de las obras por parte del contratista, pues este valor equivalía a la contratación de intervenciones preventivas y correctivas a fin de que no se pierdan las inversiones y la interventoría a las mismas, mientras se adelantaba el nuevo proceso de selección.

Del mismo modo, en el presente año, la Contraloría General de la República ha advertido que la mala calidad de las obras ejecutadas por la Unión Temporal Segundo Centenario son la principal causa para que se continúen presentando deficiencias y retrasos en la culminación de las obras del proyecto, por parte de nuevo contratista, en esos términos lo indicó en el Informe de Auditoría Vigencia 2017 CGR-CDITCEDR No. 06 de mayo de 2018.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que la planeación y ejecución del Contrato 3460 de 2008<sup>62</sup> estuvo acompañada de múltiples irregularidades que no solo llevaron a que la ejecución de las obras se prolongaran más allá del término inicialmente concebido, sino también que para la finalización de las mismas, se hiciera necesaria la inversión de nuevos recursos, e inclusive hasta la selección de un nuevo contratista. Estas irregularidades fueron atribuibles tanto a la entidad contratante como al contratista, quien en el desarrollo del proceso de selección acreditó la mejor y más alta idoneidad para ello.

En este aspecto, es pertinente traer a colación lo manifestado por la autora Mónica Sofía Safar Díaz, quien de manera muy oportuna expresó frente a la ineficiencia de la convocatoria pública como regla general de la contratación estatal lo siguiente:

*“(…) si bien en la práctica el procedimiento de selección de convocatoria pública o abierto permite la competencia al máximo, cuando en el mercado existe un gran número de empresas que están interesadas en participar en la contratación del Estado que se desarrolla bajo esta modalidad, los costos para el ente estatal -como son los relacionados con la entrega de documentación y evaluación de propuestas presentadas-, y sobre todo los costos para los proponentes de preparación de las ofertas, pueden ser mayores que cualquier beneficio que se pueda derivar de una mayor competencia, especialmente cuando el objeto de la contratación consiste en proyectos de gran complejidad en que los costos de concursar y de evaluar pueden ser bastantes altos, pues una modalidad que garantiza la libertad de concurrencia y la igualdad de oportunidades para presentar ofertas puede conllevar a un gran desperdicio de recursos en la presentación y evaluación de propuestas de personas que no tienen la capacidad ni las exigencias requeridas en las condiciones de contratación, toda vez que **la naturaleza del procedimiento no permite que las entidades contratantes verifiquen de manera previa a la recepción y valoración de las ofertas las calidades de los participantes.**”<sup>51</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

---

<sup>51</sup> SAFAR DÍAZ Mónica Sofía. Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. 1 Ed. Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 19-20.

Es por lo expuesto en los casos mostrados, que los interrogantes planteados frente a si las modalidades de selección establecidas por el legislador son idóneas para la selección objetiva de contratistas, y si la favorabilidad de la oferta es una realidad o una utopía fáctica, requieren de mayor atención de quienes hacen parte del esquema contractual incluyendo a quienes definen las políticas públicas en la materia, si partimos de la base de que en muchos casos, el modelo planteado (gráfica 1), es meramente conceptual, pero sus efectos prácticos no son los buscados por estos actores, afectando de manera ostensible y flagrante no solo la satisfacción de las necesidades y fines de la contratación estatal, sino consecuentemente la debida ejecución de los recursos públicos.

## Capítulo 6

### **Los organismos internacionales y sus exigencias en los procesos de selección de contratistas**

El fenómeno de la globalización es un hecho que en el ámbito de la contratación estatal no puede ser ajeno en su injerencia e impactos tanto a nivel normativo como a nivel de la realidad económica y social que ello conlleva. Es por esto, que tanto los académicos como los gremios y por supuesto, el gobierno nacional, han tenido que revisar no solo el esquema normativo que ha venido regulando la selección de contratistas del estado, sino además el espíritu de las políticas públicas que sustentan el mismo, bajo la concepción de garantizar la escogencia de colaboradores idóneos que garanticen la satisfacción de los intereses estatales.

En ese sentido y puntualmente en el más reciente proceso de acercamiento a un organismo internacional que promueve políticas encaminadas a mejorar el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo, el gobierno colombiano optó por encaminar sus esfuerzos para ser parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con quien

se ha venido tratando las problemáticas de la contratación pública en nuestro país tal como se<sup>64</sup> revisará a continuación.

### **6.1 La organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).**

La OCDE como foro global de políticas económicas, a través del Comité de Gobernanza Pública promueve la asistencia en la formación y fortalecimiento del diseño, implementación y evaluación de políticas e instituciones estatales con el fin de robustecer la capacidad de gobierno de los estados, despliega una serie de actividades tendientes a asistir a los países en el diseño y aplicación de estrategias innovadoras bajo datos empíricos con el fin de fortalecer la administración pública.

En ese sentido, el Consejo sobre contratación pública a propuesta del ente en mención, propuso 13 recomendaciones donde destacamos frente al tema que nos ocupa la siguiente:

“(…)

***IV. RECOMIENDA** que los Adherentes hagan **accesibles** las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen.*

(…)

***iii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento***

*adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación*

*cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión,<sup>65</sup> el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.”<sup>52</sup>*

De igual manera y a propuesta del Comité de Competencia con fines de combatir la colusión en la contratación Pública, el Consejo recomendó:

“(…)

*2. Fomentar la competencia maximizando la participación de proveedores potenciales:*

**i) Estableciendo requisitos de participación transparentes, no discriminatorios, y que no limiten injustificadamente la competencia;**

*ii) Diseñando, en la medida de lo posible, especificaciones y bases de licitación que se centren en el rendimiento funcional, concretamente en los logros a alcanzar, en lugar de en la manera de hacerlo, **para atraer al mayor número de oferentes a la licitación**, incluso a los proveedores de productos sustitutos;*

(…)

*5. Adoptar criterios de selección diseñados para i) mejorar la intensidad y la eficacia de la competencia en los procesos de licitación, y ii) garantizar que siempre haya un número suficiente de licitantes creíbles con interés por seguir realizando ofertas en futuros proyectos. Deberán elegirse los criterios de selección cualitativa y adjudicación de tal manera que los licitantes creíbles, incluidas las pequeñas y medianas empresas, no se desanimen innecesariamente a participar en licitaciones públicas. (...)<sup>53</sup> (Subyariado y negrilla fuera del texto original)*

---

<sup>52</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Recomendación del Consejo de Contratación Pública, 18 de febrero de 2015.

<sup>53</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública, 17 de julio de 2012.



De igual manera, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el<sup>66</sup> informe Colombia: La implementación del Buen Gobierno publicado en 2014<sup>54</sup>, determinó que el ordenamiento legal del Sistema de Compra Pública es complejo, con reglas difíciles de implementar y por ende, con dificultades para la participación de las pymes contribuyendo para que la atención de los funcionarios se concentre en el proceso, más no en los resultados del mismo.

Todo esto, generó un gran impacto en los países miembros y en aquellos en proceso de acreditación ante este organismo internacional, lo cual conllevó para nuestro caso puntual, a contemplar la posibilidad de hacer ajustes profundos en el sistema ahora denominado de compras públicas, toda vez que se venía de fracasos considerables en grandes proyectos a nivel nacional, en ese sentido, se trabajó arduamente en un proyecto de reforma que revisaremos a continuación desde el ámbito que nos ocupa, las modalidades de selección.

## **6.2 La reforma a los procesos de selección de contratistas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública a la luz de exigencias de la OCDE.**

De acuerdo con la trazabilidad que se ha venido exponiendo a lo largo del presente estudio, podría decirse que en este momento por fin “llegó la hora” de revisar y consecuentemente adelantar un proceso de reforma serio, coherente con la realidad del sistema y del país, y principalmente, idóneo frente a la selección objetiva de los colaboradores del estado.

Es por ello, que Colombia Comprar Eficiente como ente rector, e impulsor de “*políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado*”,<sup>55</sup> lideró el proceso de reforma en donde destacamos de su motivación al proyecto lo siguiente:

---

<sup>54</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), "Public procurement in Colombia", en Colombia: Implementing Good Governance, OECD Publishing, 2013. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202177-10-en>

<sup>55</sup> Decreto Ley 4170 de 2011, Artículo 2.

*“Licitar es sacar algo a subasta o concurso público. Así lo entendió la Constitución<sup>67</sup> Política en el artículo 273 al dar al Contralor General de la República la facultad de ordenar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública. La Ley 80 de 1993 siguió la misma línea al usar la expresión "licitación o concurso" para referirse a la competencia para seleccionar el contratista<sup>103</sup>. Esto es claro en el numeral 22.7 de la Ley 80 de 1993 que menciona el Boletín de Información de Licitaciones el cual debía cubrir todos los procesos competitivos.*

*La Ley 1150 de 2007 cambió el concepto de licitación, se alejó de la definición de la expresión y de la práctica internacional cuando estableció modalidades de selección, entre las cuales está la licitación pública y otros mecanismos que literalmente son licitación pública así no reciban ese nombre en la normativa (concurso de méritos sin precalificación, selección abreviada y mínima cuantía).*

*El concepto de licitación hace referencia, en la normativa de otros países y de la Unión Europea, a todos los mecanismos competitivos para seleccionar al contratista. Por lo cual, el proyecto vuelve a la lógica de la definición de la palabra licitación y de la Ley 80 de 1993, hace referencia a procesos competitivos y a la contratación directa.*

*El proyecto propone una nueva clasificación de las formas de seleccionar contratistas, teniendo en cuenta: (i) la información de la manera como las Entidades Estatales en Colombia han utilizados las modalidades de seleccionar contratistas consagradas en la Ley 1150 de 2007, (ii) el análisis de las restricciones de las modalidades existentes y (iii)*

*las mejores prácticas internacionales. El proyecto distingue las modalidades de selección de las herramientas para la formación de precios y los tipos de contratos<sup>104</sup>.*

*(...)*

#### *4. Propuesta del proyecto*

*El proyecto sigue las prácticas del Banco Mundial y de la Directiva Europea para establecer los procedimientos, las técnicas y los instrumentos. Establece cuatro tipos de procedimiento para seleccionar contratistas: (a) competencia abierta; (b) competencia restringida; (c) la asociación para la innovación; y (d) la contratación directa<sup>121</sup>. Los tipos de procedimiento no están atados a objetos contractuales en particular.*

*El proyecto se aparta de las normas que excluyen componentes propios de la oferta en su valoración como la contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>122</sup>.*

*La regla de interpretación para establecer el mecanismo de selección aplicable debe ser el nivel de competencia, es decir si la modalidad indicada es con competencia abierta o restringida y adicionalmente debe tener en cuenta el criterio de selección de la mejor oferta. Por ejemplo, para los abastecimientos en los que es necesario contar con proveedores especializados con una situación financiera sólida y con capacidad de*

*endeudamiento, el mecanismo de selección debe ser la competencia restringida por ser necesaria una precalificación. (...)”<sup>56</sup>*

En ese sentido, se presentó la siguiente propuesta de reforma en lo que respecta a las modalidades de selección:

*“**Artículo 51. Selección de contratistas.** Las Entidades Estatales deben utilizar cualquiera de las siguientes formas para seleccionar a sus contratistas, de acuerdo con lo que más convenga al Proceso de Abastecimiento y teniendo en cuenta los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley.*

1. **Competencia abierta.** *Las Entidades Estatales deben privilegiar la competencia abierta en la selección de sus proveedores de bienes, obras y servicios teniendo en*

---

<sup>56</sup> Colombia Compra Eficiente, Motivos del Proyecto, páginas 28, 35, 2016.

*cuenta las características de la necesidad que buscan satisfacer, para lo cual deben<sup>69</sup> invitar al público en general a participar en sus procesos de selección.*

2. **Competencia restringida con precalificación.** *Las Entidades Estatales pueden restringir la competencia para seleccionar el proveedor a un grupo de precalificados cuando el bien, obra o servicio requiere de condiciones técnicas, financieras, administrativas o de experiencia particulares. Para el efecto, la Entidad Estatal debe señalar la forma y oportunidad para que los potenciales proveedores acrediten las condiciones especiales requeridas, verificar tales condiciones y conformar la lista de precalificados, quienes serán los únicos que pueden presentar oferta.*
  
3. **Competencia restringida con invitación y posterior negociación.** *Las Entidades Estatales pueden seleccionar a sus proveedores a través de invitaciones al público en general y fases sucesivas de negociación en las cuales deben cumplir los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley en los siguientes casos:*
  1. (a) *La especificidad y complejidad del bien, obra o servicio no permiten definir con claridad y precisión los aspectos técnicos y financieros de la contratación.*
  2. (b) *El objeto de la contratación no es producido masivamente y requiere investigación y desarrollo para que la contratación sea eficaz.*
  3. (c) *Es necesario compatibilizar el bien, obra o servicio objeto del Contrato con otros bienes, obras o servicios de la Entidad Estatal.*
  4. (d) *La compra de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la Entidad Estatal.*
  5. (e) *El arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la Entidad Estatal.*
  
4. **Compra Pública Innovadora.** *Las Entidades Estatales pueden utilizar los siguientes mecanismos de selección de contratistas para solucionar sus necesidades promoviendo la innovación respetando los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley:*

1. (a) *Diálogo competitivo. Las Entidades Estatales pueden invitar al público<sup>70</sup> en general a presentar propuestas para solucionar un problema de la Entidad Estatal. El diálogo competitivo debe tener etapas sucesivas para ajustar el alcance de la investigación, de los productos, obras o servicios, a las necesidades de la Entidad Estatal y a sus recursos. La Entidad Estatal debe invitar a presentar una oferta en firme a los participantes que, por tener una propuesta que puede satisfacer la necesidad de la Entidad Estatal, han permanecido en las etapas sucesivas.*
2. (b) *Asociación para la innovación. Las Entidades Estatales pueden asociarse con terceros para buscar soluciones innovadoras no existentes en el mercado para sus necesidades. La asociación para la innovación puede tener etapas sucesivas que incluyan procesos de investigación, la fabricación de prototipos o de productos, la construcción de obras y la prestación de servicios. El acuerdo debe incluir las prestaciones recíprocas, la forma de manejar y controlar la inversión.*

*En la contratación de ciencia, tecnología e innovación la Entidad Estatal puede compartir los riesgos y beneficios de la innovación y renunciar total o parcialmente a los derechos patrimoniales sobre los resultados y a la propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial) en favor del desarrollador, para que este pueda explotar la innovación en el mercado.*

*Adicionalmente, las Entidades Estatales pueden negociar con los participantes las propuestas para mejorar su contenido y mejorar las posibilidades de éxito de la innovación, respetando el principio de competencia. La publicación de las soluciones propuestas y la información suministrada en la contratación de ciencia e innovación requiere de la autorización de quien la propone.*

5. **Contratación Directa.** *Las Entidades Estatales pueden contratar directamente sin que medie un proceso competitivo en los siguientes casos:*

1. (a) *En el mercado no hay multiplicidad de proveedores.*

2. (b) *Los bienes o servicios objeto del contrato deben ser compatibles con los<sup>71</sup> bienes y servicios existentes en la Entidad Estatal y para estos no hay multiplicidad de oferentes.*
3. (c) *Una persona tiene los derechos exclusivos para el bien, obra o servicio objeto del contrato.*
4. (d) *Urgencia manifiesta.*
5. (e) *Los contratos para la compra de bienes y servicios por un valor total inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

(...)

**Artículo 53. Contratos de mínima cuantía.**  
*Las Entidades Estatales en los Procesos de Abastecimiento con presupuesto menor al indicado en la siguiente tabla, deben aplicar las normas de selección de contratistas y de*

*evaluación de las ofertas. Entre la fecha de la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la fecha de presentación de las ofertas debe transcurrir por los menos dos (2) días hábiles.*

(...)”

De lo transcrito, es claro que se pretendía dar un vuelco total al esquema de selección de contratistas, en donde el factor de “negociación” es el gran protagonista de la reforma, evidenciando así, que lo pretendido es enfocar el proceso a la adecuación de la oferta frente a las necesidades de la entidad identificada desde la planeación de este, y dejar de un lado tanto formalismo, capricho y distorsión de los funcionarios partícipes del sumario.

Ahora bien, es pertinente anotar que el mismo texto de propuesta diferencia de manera expresa las etapas del proceso de contratación, diferenciando cinco momentos a saber: (i) planeación; (ii) selección del contratista; (iii) manifestación escrita del acuerdo y publicidad del contrato; (iv) ejecución del contrato; y (v) liquidación del negocio. Lo anterior es fundamental para nuestro

desarrollo temático, pues estamos frente a una clara delimitación de lo que implica el esquema<sup>72</sup> del proceso contractual (proceso de abastecimiento), y que en últimas nos puede conllevar a anticipar una de las conclusiones a referenciar más adelante, como lo sería que la falla en una de estas fases genera inevitablemente el fracaso en la satisfacción de la necesidad del estado puesta en manos de dicho esquema.

De igual manera y como aspecto fundamental frente a los anteriores ordenamientos, se plantea la separación de las modalidades de selección frente a las herramientas para la definición de precios, este último conformado por los Acuerdos Marco y las Subastas y puja en bolsas, en virtud a su filosofía de no mezclar el esquema de elección del contratista con los elementos que sirven de referente para el establecimiento de estos, reflejando sin duda alguna la intención de marcar la diferencia entre procesos competitivos y la contratación directa. Se destaca, que la selección objetiva desaparece como regla, como principio y como deber, brillando su ausencia después del papel protagónico que venía teniendo en el modelo primigenio.

De tal premisa y articulando las apreciaciones que hemos venido aportando a lo largo de presente análisis, se debe manifestar que el peso de las críticas, las amargas experiencias y las mismas estadísticas respecto de las distintas frustraciones de muchos procesos de selección, las amortiguó este proyecto quien con las mejores intenciones y soportado bajo recomendaciones internacionales como los del Banco Mundial y la OCDE principalmente, pretendió oxigenar el modelo desde su denominación (compra pública), concepción (proceso de abastecimiento entendido este como la agrupación de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la entidad estatal para celebrar negocios jurídicos y gestionarlos que también puede llamarse proceso de aprovisionamiento o proceso de contratación) hasta su teleología enfocándolo a finalidades más realistas a las que se venían manejando con el esquema en operación.

Esto, es evidente cuando la sindéresis de la propuesta se enmarcó en principios que la misma jurisprudencia venía abordando entre otros como la competencia, igualdad, planeación, responsabilidad y rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, economía, sostenibilidad e innovación e integridad y transparencia propuestos en el artículo 7 del proyecto, lo cual ratifica que la línea histórica muy relevante en nuestro estudio, debía adecuarse no solo a factores internos de la

realidad nacional, sino adicionalmente a las necesidades que la globalización y el desarrollo<sup>73</sup> mundial venían mostrando y pidiendo campo en el ámbito de la gobernanza pública.

No obstante las buenas intenciones y el gran trabajo de quienes intervinieron en la redacción del proyecto de reforma, a la fecha, el proyecto no ha tenido la fuerza que debería revestir tan importante iniciativa por todo lo que circunda a su alrededor, y su impulso legislativo ha sido mínimo hasta el punto, que reformas como la hoy plasmada en la ley 1882 de 2018 que poco o nada aportó en el tema que nos ocupa, logró salir avante sin mayores contratiempos en el legislativo. Aquí es donde se evidencia, que los intereses que giran en torno a un tema tan trascendental para la economía de nuestro país con un peso importante en el Producto Interno Bruto, tristemente está revestido de estrategias políticas y de intereses oscuros que impiden el establecimiento de modelos eficientes, serios y coherentes con la realidad no solo nacional, sino global que impactan el desarrollo de la sociedad. Amanecerá y veremos.

## **Capítulo 7**

### **Propuesta de reforma**

Con base en las experiencias señaladas y en la evolución que las modalidades de selección han tenido a lo largo de la historia jurídica de la contratación pública, uno de los cometidos del presente trabajo es proponer una alternativa a lo ya ampliamente esbozado por los diferentes actores partícipes del proceso de compras públicas, y más concretamente para la modalidad de Concurso de Méritos a través de la cual se contratan los consultores del estado.

Lo anterior, con el fin de plantear desde la perspectiva académica y empírica una opción para tener en cuenta en los distintos escenarios que actualmente se propician para tales fines, en donde en muchas oportunidades se desconocen los precedentes y la maduración que las figuras que el legislador a definido para elegir los colaboradores del estado han tenido en las condiciones mostradas de manera detallada a lo largo del presente escrito.



Desde la expedición del decreto 150 de 1976, la figura del Concurso de Méritos nació a la vida legal como la modalidad a través de la cual se debían seleccionar los contratistas que ejecutarían *“estudios, planos, anteproyectos, proyectos, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, programación y ejercicio de la interventoría, de cuantía igual o superior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) (...)”*<sup>57</sup>

Para ese momento, se contemplaba dicha figura como *“la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y*

*organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios.”*<sup>58</sup>

Posteriormente, el Decreto 222 de 1983 consolidó la modalidad de selección cuando estableció que *“Los consultores serán seleccionados por el procedimiento del concurso de méritos.”*<sup>59</sup>

En la misma línea aunque de una manera mucho más simple y parca, la ley 80 de 1993 hizo alusión únicamente al concurso público, sin entrar en detalles frente al alcance del mismo. Por ello y de manera directa y contundente, la ley 1150 de 2007 trató la figura como una verdadera modalidad de selección al señalar cuando la señaló de manera expresa y determinó los límites de su aplicaci3ntal como se señaló capitulos atrás.

Bajo esta plataforma y aterrizando lo expresado líneas atrás cuando abordamos la problemática que actualmente sufre nuestro sistema de selección de contratistas y las propuestas que se han planteado para tratar de ajustarlas a la realidad nacional y las necesidades que trajo la globalización, me permitiré adelantar una propuesta para la escogencia de consultores, la cual

---

<sup>57</sup> Artículo 71 Decreto 150 de 1976.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

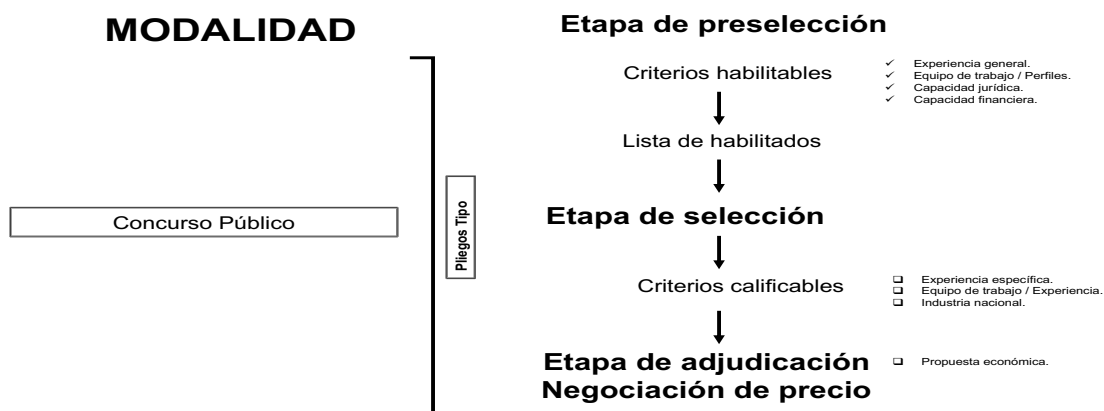
<sup>59</sup> Artículo 116 Decreto 222 de 1983.

quedará al arbitrio de los comentarios y aportes de quienes se han preocupado por sacar adelante<sup>75</sup> la crisis que actualmente sufre el modelo.

## 7.2 Propuesta.

Recogiendo gran parte de lo aquí esbozado, es más que necesario, porque así lo considero, proponer un modelo que acorde a nuestra coyuntura social y jurídica, permita aportar a las discusiones frente a la idoneidad de las modalidades de selección para la escogencia de contratistas, y concretamente para este ejercicio, de consultores.

En ese sentido, se plantea el siguiente esquema para aquellos procesos cuyo presupuesto oficial sea superior a aquel definido para la mínima cuantía:



**Figura 2. Esquema de selección de consultores**

La temática se divide en tres momentos a saber: (i) etapa de preselección donde se deberán definir unos criterios habilitantes (experiencia general, equipo de trabajo / perfiles, capacidad jurídica y capacidad financiera). Quienes cumplan con las exigencias, conformaran la lista de habilitados la cual se oficializará a través de acto administrativo susceptible del recurso de reposición. (ii) etapa de selección donde se deberán acreditar los componentes requeridos (experiencia específica, equipo de trabajo / experiencia e industria nacional). (iii) etapa de adjudicación donde se verificará que la propuesta económica no sobrepase el presupuesto oficial, además de concertar el valor ofertado de acuerdo con fórmulas de negociación definidas por la entidad en la misma audiencia.

Con lo anterior, se propende por definir rigurosos filtros que permitan llegar a la ponderación de aquellas propuestas que no solamente se ajusten a los intereses de la entidad (favorabilidad), sino que además permitan tener oferentes con una real capacidad de ejecutar y cumplir con el objeto del proceso contractual. Ahora bien, ello no quiere decir que el modelo sea totalmente infalible, pues hay factores exógenos que pueden permeare la confiabilidad del esquema y que se sale de todo control de la entidad interesada (documentos ficticios, empresas fachada, información adulterada, etc.).

Destaco, que en la actualidad la precalificación no es un procedimiento obligatorio, lo que conlleva a que la entidad a su libre arbitrio defina reglas de acuerdo con el procedimiento que

normativamente se han definido para ello. Al mismo tenor, los factores habilitantes y los ponderables suelen ser disímiles en las entidades, a diferencia de lo propuesto donde se pretenden estandarizar en aras de definir parámetros claros desde un principio. Por último, se pretende generar una etapa no de revisión de propuesta económica como existe hoy en día, sino un espacio de verdadera negociación donde el proponente en primer orden de elegibilidad y la entidad deben necesariamente llegar a un acuerdo frente a la definición del precio final, el cual debe sujetarse a una fórmula que la entidad defina en los pliegos de condiciones siempre bajo el criterio del costo beneficio.

Ahora bien, frente a aquellos procesos tendientes a contratar consultores cuyo presupuesto oficial se encuentre en el rango de la actual denominada mínima cuantía, se propone convertirlos como una de las causales de contratación directa, en virtud de que la naturaleza misma de la consultoría que implica la escogencia de un contratista con capacidades intelectuales y de experiencia particulares, termina generando sin duda alguna un contrato *intuitu personae*, lo cual se ajusta de mejor manera a la concepción de la modalidad sugerida, y no a un concurso exprés como el creado por el legislador para este tipo de contrataciones (10% de la menor cuantía).

Todos estos esfuerzos dogmáticos, académicos y prácticos, solamente pueden ser efectivos y aproximados a un ejercicio firme y contundente, en la medida en que se articulen y equilibren

temas transversales como los tratados en el capítulo 3 del presente trabajo entre otras estrategias<sup>77</sup> tendientes a consolidar la información de quienes pretenden contratar con el estado.

## **Capítulo 8**

### **Conclusiones**

Después de siete capítulos de minucioso análisis, llega la hora de resumir y concluir el debate propiciado a través del interrogante que nos planteamos al momento de estructurar el presente trabajo de la siguiente manera:

1. La diversidad normativa del sistema jurídico colombiano en materia de contratación estatal se ha convertido en el primer obstáculo de confiabilidad de este y ha impedido sistemas efectivos y contundentes para la idónea selección de contratistas.
2. La coyuntura política y social ha sido vital para la promulgación de normas que de manera directa e indirecta han impactado el esquema de selección de contratistas del estado.
3. Las actuales modalidades de selección no son absolutamente idóneas para la selección objetiva de contratistas del estado.
4. El éxito en la elección de los contratistas del estado no se reduce al esquema jurídico que regula la materia, sino que se extiende a factores exógenos a la misma tales como la cultura ciudadana, la ética, la preparación académica de los servidores públicos, entre otros factores inherentes a las calidades personales y profesionales de quienes hacen parte del proceso.
5. La selección objetiva es considerada como un bien jurídico que propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública.

6. La selección objetiva es una regla jurídica que se fundamenta en los principios de transparencia, igualdad, economía, eficiencia, eficacia, libre concurrencia, imparcialidad y moralidad, de ahí que deba ser considerada como un deber de conducta observado y aplicado sin excepción alguna en todas las modalidades de contratación.
7. Es inevitable adelantar un proceso de reformas profundas al esquema de selección de los colaboradores del estado el cual se debe ajustar a la realidad interna de nuestro país, y a los postulados de la globalización.

### **Lista de referencias**

- ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA JURÍDICA. Guía para la Contratación Transparente en el Distrito de Bogotá. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Jurídica. 2016.
- DEIK, Carolina, “Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Incluye análisis del Decreto 1510 de 2013.”, Abeledo Perrot S.A., 2014.
- ESCOBAR, Rodrigo, “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”. 1ª ed., Bogotá, Legis editores S.A., 1999.
- GÓMEZ, Iván Darío, “El Derecho de la Contratación Publica en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos”, 1ª ed. Texto Complementario. Bogotá, Legis Editores S.A, 2012.
- MOLANO, Mario Roberto, “La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal. Análisis integral”. 1ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2009.

- MUTIS, Andrés; QUINTERO Andrés, “La Contratación Estatal. Análisis y perspectivas”, Colección Profesores N° 28, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.
- SAFAR, Mónica. “Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente.” 1 ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009.
- SANTOFIMIO, Jaime. “Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida”. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SUÁREZ, Gonzalo. “Estudios de derecho contractual público”, 1ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Legis editores S.A., 2014.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Guía práctica combatir la colusión en las licitaciones.” Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. AP -2076-2016. Radicación N° 47776. 11 de abril de 2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. SP712-2017 Radicación N° 48.250. 25 de enero de 2017.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. M.P.: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. SP153-2017 Radicación N° 47100. 18 de enero de 2017.

- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación: 250002326000200201606-01. Expediente: 29.855. 12 de noviembre de 2014.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. radicación: 25000232600020050021401. Expediente: 34778. 1 de octubre de 2014.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Radicación: 110010326000200900043 00 (36805). 23 de julio de 2015.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: HERNAN ANDRADE RINCÓN. Radicación: 250002326000 200003774 01. Expediente: 34395. 26 de agosto de 2015.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados. 3 de septiembre de 2007.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 2118957 85001-23-31-000-2000-00282-01 (37834). 5 de julio de 2018.

- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo.<sup>81</sup> Sección Tercera. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847). 27 de enero de 2016.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Proceso número: 190012331000200201142-01 (37066). 2 de mayo de 2016.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación: 25000-23-26-000-2002-02240-01 (29.473). 13 de febrero de 2015.
- CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Referencia: Expediente No. 36947. Radicación: 250002326000200301980 01. 1 de marzo de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 400/99. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Referencia: Expediente D-2268. 2 de junio de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 932/07. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Referencia: Expediente D-6794. 8 de noviembre de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 300/12. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Referencia: Expediente D-8699. 25 de abril de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 862/08. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Referencia: Expediente D-7166. 3 de septiembre de 2008-



- CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sala Plena. Sentencia C- 595/14. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Referencia: Expediente D-10101. 20 de agosto de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (COLOMBIA). Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento. M.P.: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Radicación N° 37.322. 27 de septiembre de 2012.

## Vita

Jose Enrique Nuño Henao, abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho administrativo del mismo claustro, autor de trabajos como “*Sistema penal y control social en Colombia*”, “*Pérdida de investidura de congresistas*”, y otros artículos en temas de contratación estatal en donde se resalta los publicados como colaborador del Observatorio Colombiano de Contratación Pública de la Universidad de los Andes y Colombia Compra Eficiente, profesor de la Universidad los Libertadores, conferencista en asuntos de derecho público y contratación estatal, asesor y consultor en los mismos temas, gerente jurídico de una prestigiosa firma de consultoría dedicada a ejercer la interventoría en proyectos sociales y de infraestructura, además de la ejecución de importantes estructuraciones a nivel nacional.