



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## **Reconocimiento y promoción del principio de libre competencia en la licitación pública a través de la normatividad colombiana**

**Eliana Gutiérrez<sup>1</sup>**

### **Resumen**

El artículo genera una revisión analítica respecto al reconocimiento y promoción jurídica del principio de libre competencia en el caso de la licitación pública en Colombia sobre la lectura de su normatividad actual aplicable a la contratación estatal. Se parte por considerar que al ser el mencionado un principio que invoca la garantía de preceptos constitucionales, su estudio debe involucrar el análisis de lo que se ha definido sobre este en prolifera jurisprudencia elaborada por parte la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En consecuencia, se pretende a través de este análisis, identificar los límites y alcances jurídicos que tiene su reconocimiento, toda vez que no se plantea como un principio abstracto sino limitado en concordancia con otras garantías dictadas sobre el derecho administrativo, generando ello una serie de debates presentes en la literatura sobre el tema y jurisprudencia, los cuales se pretenden recoger en el actual documento. Se procura así, discutir sobre la construcción armónica constitucional que en la actualidad se establece sobre este principio, en su aplicación al proceso licitatorio.

**Palabras claves:** Contratación pública, principios de la contratación estatal, etapa precontractual, libre competencia, libre competencia, licitación pública.

---

<sup>1</sup> Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo presentado como requisito parcial para optar al grado de abogada en la misma Universidad bajo la dirección del docente titular de este programa Ricardo Ariza López. Correo institucional: egutierrez88@ucatolica.edu.co

## **Abstract**

The article generates an analytical review regarding the recognition and legal promotion of the principle of free competition in the case of public bidding in Colombia on the reading of its current regulations applicable to government procurement. We start by considering that since there is a principle that invokes the guarantee of constitutional precepts, its study must involve the analysis of what has been defined on this in prolific jurisprudence elaborated by the Constitutional Court and the State Council. Consequently, it is intended through this analysis to identify the legal limits and scope of its recognition, since it is not considered as an abstract principle but limited in accordance with other guarantees issued on administrative law, generating a series of debates present in the literature on the subject and jurisprudence, which are intended to be included in the current document. The aim is to discuss the constitutional harmonic construction that is currently established on this principle, in its application to the bidding process.

**Keywords:** Public procurement, principles of state contracting, pre-contractual stage, free competition, free competition, public bidding.

## **Sumario**

Introducción. 1. La contratación pública en Colombia bajo la óptica de la Constitución de 1991: reglas y principios. 2. El mecanismo de licitación pública para la selección en la contratación estatal colombiana. 3. Reglas sobre la garantía del acceso a la contratación estatal en Colombia según la jurisprudencia constitucional. 3.1. Libre concurrencia en la contratación estatal. 3.2. La competencia y capacidad para contratar. Bibliografía.

## **Introducción**

El desarrollo de las relaciones contractuales que ocurren en el seno de la contratación administrativa de carácter público ocurre sobre el marco de una serie de principios que posibilitan las garantías, derechos y deberes de quienes participan en esta, con el interés de lograr que las relaciones contractuales que soportan el funcionamiento del Estado sean las mejores para que esto redunde en un mejor bienestar general de los administrados (Orrego, 2013).

En consecuencia, se puede afirmar que son diversos estos principios de la administración, los cuales recogen un amplio espectro de aspectos encaminados a la adecuada administración de lo público, tal y como sucede con el principio de la libre concurrencia, por medio del cual se pretende garantizar el acceso a toda persona natural o jurídica a la contratación con el Estado, cuando esta se encuentre habilitada y cumpla los requisitos para hacerlo (Castro, 2010).

El mencionado, se reconoce como un principio que debe ser garantizado de manera irrestricta para los casos de los procesos de contratación cuando estos suceden de manera abierta, como sucede en el caso de la licitación pública, donde por su naturaleza contractual se espera que este, afirmando a su vez el principio de transparencia, sea un proceso abierto en el que todas las personas naturales o jurídicas habilitadas para participar, puedan hacerlo (Bahamón, 2018).

Sin embargo, en medio del entramado que envuelve la contratación estatal, y en esta las prácticas que pueden comprometer su legalidad, sucede que dicha participación abierta y transparente no siempre sucede en los términos que proyecta la Ley General de Contratación y normas que la desarrollan, siendo allí, donde entre otras ausencias, se puede establecer que una variedad de las relaciones contractuales sucedidas en el marco transaccional del Estado colombiano, las atraviesa una posible falta de reconocimiento de la libre concurrencia, alterando con esto los fines contractuales del Estado (Archila y Pabón, 2012).

Es allí donde surge uno de los referentes analíticos que nutren la realización del actual documento, en el cual se busca discernir sobre la naturaleza y estructura de reconocimiento y aplicación del principio de libre concurrencia, partiendo de la hipótesis por la cual se

considera que su desatención en algunas oportunidades dentro de la contratación estatal colombiana, puede que se encuentre soportado en la debilidad jurídica-institucional del Estado colombiano en la materia, para dar garantía de su aplicación.

Aunque, y esto como la otra lectura que se realiza para el actual documento, es posible que ello también se deba a la restricción de aplicación invocado sobre este principio (Vásquez, 2018), siendo este el aspecto reflexivo que se desarrolla en la parte final del documento, donde, resulta de importancia revisar lo señalado en la jurisprudencia al respecto, que entre otras cosas ha reiterado la importancia que tiene este principio en la aplicación sobre procesos contractuales de selección objetiva dentro de la administración pública colombiana (Miranda, 2016).

En suma, la presente propuesta corresponde a un documento reflexivo de investigación jurídica, por medio del cual se busca dar respuesta a la pregunta sobre: ¿Cuáles son las condiciones jurídicas actualmente generadas en Colombia, respecto al reconocimiento jurídico del principio de libre competencia por parte de la administración en contratación estatal en los procesos de contratación pública para no restringir de manera inconstitucional la garantía de este principio?

Para su desarrollo, la actual investigación acude a un desarrollo temático que recoge los principales elementos de debate que se pueden identificar para el estudio del tema propuesto, precisando con esto en profundizar en el análisis de la naturaleza y aplicación del principio de libre competencia en el caso de los contratos celebrados por la administración pública colombiana, en el caso puntual de los procesos concursales como es el caso de licitación pública.

## **1. La contratación pública en Colombia bajo la óptica de la Constitución de 1991: reglas y principios**

La Constitución Política de Colombia de 1991 señala en su artículo 209 que, la función administrativa del Estado se encuentra al servicio de los intereses generales de los administrados, y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Estos resultan siendo algunos de los principios que de manera general rigen la actividad del Estado, toda vez que en otras normas se consagran y detallan otros principios que regulan la actuación de los servidores públicos en su calidad de representación o extensión de la administración pública (Ortega, 2018).

En este sentido, se puede encontrar que con la expedición de la Ley 80 de 1993 o Ley General de Contratación, y de esta en sus artículos 23 y siguientes, se reiteraron los principios de transparencia, economía y responsabilidad como orientadores de la actuación de quienes intervengan en la contratación estatal de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, en condición que a su vez se encuentra en la Ley 489 de 1998 sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, por la cual se reafirmó la aplicación de los principios rectores en materia de actuación administrativa.

Esta orientación constitucional se reafirma en igual sentido en la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual fue expedido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual, en su artículo tercero, señala que el actuar de las autoridades, deberá ceñirse a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en las leyes especiales y particularmente sobre los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

En este sentido, se puede generar en una primera aproximación el análisis normativo dispuesto en referentes como la Ley 1437 de 2011, desde la cual se genera un primera lectura en lo que corresponde a la naturaleza y caracterización que subsiste a la aplicabilidad del principio de libre competencia, en el particular del tipo de contrato que se desarrolla a título de licitación pública, toda vez la proximidad de este con la tipología abierta y de selección en contratación estatal (Rosas, 2017).

Al analizar la potencial efectividad del cumplimiento estricto de los principios ordenados en la normativa colombiana, se evidencia una serie de conceptos que propugnan por su materialización y la búsqueda para que los mismos sean alcanzados mediante el irrestricto respeto y aplicación de procedimientos que den muestra de protección a las garantías constitucionales y a los derechos de las personas (Morón, 2006), encontrando que

la Contratación Pública, en su finalidad de satisfacción del interés general, se encuentra plenamente orientada por los principios ya citados.

Nutrir de efectividad el cumplimiento de estos principios, es parte de las causales que han motivado esta actividad normativa, tal y como sucede en el caso de la contratación pública, a la cual se le suman los principios lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, en el objetivo de alcanzar una contratación ágil y justa, como también una administración objetiva, transparente y eficaz (Alarcón, 2010).

Por lo anterior, se puede señalar que desde la Constitución Política de Colombia de 1991, se ha dispuesto de un acervo normativo encaminado a dotar la contratación pública de principios garantías constitucionales aplicables a la contratación estatal, concurrentes de igual manera con los principios definidos para el derecho administrativo en su relación con la contratación estatal y aplicables en igual medida a las modalidades actualmente existentes en la contratación pública en Colombia (Araujo, 2011).

Finalmente, sea de pertinencia mencionar que las modalidades de contratación con vigencia en el derecho de la contratación estatal en Colombia pasaron de la licitación pública y la contratación directa en la Ley 80 de 1993, a la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía, a través de la 1150 de 2007, justificado ello entre otros aspectos, por la ampliación de la participación. Ahora, al ser la modalidad de licitación pública en la que se enfoca el actual documento, sigue a continuación la realización de una concisa caracterización de este a la luz de revisar la capacidad que tiene esta para observar el principio de libre competencia.

## **2. El mecanismo de licitación pública para la selección en la contratación estatal colombiana**

Como se ha indicado, las modalidades de contratación previamente señaladas se encuentran consignadas en la Ley 1150 de 2007, artículo 2, fijando en su desarrollo los criterios por los cuales, y en términos estructurales, se debe atender la caracterización y

aplicación de cada una de las modalidades previamente señaladas, pues cada una responde a unos factores de selección que son consecuentes con los fines del contrato, en sus requerimientos técnicos, económicos y jurídicos (Matallana, 2015).

Se tiene así entonces a partir de la Ley 1150 de 2007, unas nuevas modalidades de contratación en comparado con la Ley 80 de 1993, pudiendo considerar al respecto que, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación por mínima cuantía, nacen del interés del legislador por tecnificar sobre todo el proceso participativo en la contratación estatal, y en este sentido plantear que la selección abreviada y el concurso de méritos son una extensión de la licitación pública, y la contratación por mínima cuantía de la contratación directa (Rincón, 2012).

Sin embargo, es de precisar que en las modalidades señaladas existen unos criterios de agrupación en el modo de selección, que son a saber: para la modalidad de selección a través del procedimiento de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, los parámetros de calificación se deben ponderar en aspectos de carácter técnico y aspectos de orden económico, de otra parte, en la modalidad de selección abreviada bajo el procedimiento de subasta inversa y en la modalidad de mínima cuantía, el factor único de escogencia se establece sobre el menor precio ofrecido por el proponente (Guzmán, 2010).

Finalmente se debe señalar que, en la selección bajo la modalidad de concurso de méritos, el factor de escogencia se establece sobre aspectos netamente técnicos, sin que el precio resulte ser el referente que marque la diferencia entre las propuestas (Safar, 2014). En el agregado de estas nuevas modalidades, resulta importante resaltar la adopción de unos parámetros objetivos de selección, previamente determinados por la norma y concordantes con la modalidad de escogencia, buscando con ello mitigar en lo más posible el clientelismo en la contratación estatal (Vallejo, 2016).

En suma, Lo que se puede reconocer es que en términos estructurales dentro de la contratación sucedida en el Estado, son dos las grandes vías que se pueden dar: la primera, la que compete a la discrecionalidad del contratante, en tanto más selección directa, y la que corresponde a una condición más participativa y objetiva, como es el caso de la selección abreviada, el concurso de méritos y la licitación pública, siendo la última la que por tradición más marca este aspecto concursal en las relaciones contractuales del Estado.



La licitación pública resulta siendo así, a bien, la modalidad contractual más recomendada en el uso dentro de los mecanismos de selección objetiva, participativa y abierta de contratantes para con el Estado sobre todo en el evento de ejecución de grandes rubros del presupuesto (Ossa, 2014); de allí que, en el actual documento, se prefiera realizar un enfoque en el estudio de esta modalidad contractual. Se parte incluso, de lo dispuesto en la norma respecto a esta modalidad contractual, la cual se encuentra definida en la Ley 1150 de 2007 que, en su artículo 2, establece:

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<sup>2</sup>. Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento. (Ley 1150, 2007, art. 2)

Así las cosas, el mecanismo de licitación pública, se pondera en este sentido como la modalidad objetiva de selección más recurrente en la actividad contractual del Estado de grandes flujos operacionales, razón por lo cual se espera que deba imperar la apertura pública concursal para la selección del contratista (Safar, 2016); reiterando entonces lo importante que resulta su revisión en los fines del actual documento sobre esta figura como parte de modalidades donde impera la selección objetiva, siendo central el interés de ahondar en la dentro de esta de la libre competencia.

Considerando este como un aspecto central del documento, será entonces pertinente referenciar el dialogo que se ha presentado entre distintos autores que han profundizado en esta temática, para avanzar luego hacia una segunda parte del documento, donde se contrasta el planteamiento normativo con lo dictado al respecto en la jurisprudencia, por lo cual se pretende observar si en cierta medida esta norma es amplia y abstracta en su contenido, y han sido las precisiones jurisprudenciales las que han mejorado su aplicabilidad, aspecto sobre el cual se profundiza a continuación.

---

<sup>2</sup> Las excepciones a las que la norma citada hace referencia son la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

### **3. Reglas sobre la garantía del acceso a la contratación estatal en Colombia según la jurisprudencia constitucional**

Sobre lo previamente planteado, se tiene en cuenta que, en la práctica, el contenido de la norma que encierra la regulación del proceso licitatorio en la contratación pública colombiana es lo que en cierta medida ha posibilitado que la misma sea ajustada para justificar acciones amañadas en contratación (Bautista, 2017). Es por lo anterior por lo cual se insiste que, ha sido oportuno que la jurisprudencia extienda el contenido explicativo de la norma para prevenir todas aquellas situaciones que van en contra no solo del principio de libre concurrencia, sino de otros principios constitucionales y de la administración pública, como es el caso de la transparencia administrativa.

Por ello, y en el marco del desarrollo de la contratación en la administración pública, se encuentra que esta se soporta en la observancia de unos principios encaminados a que la contratación cumpla con el fin misional del Estado en los términos normativamente señalados (Bahamón, 2018). Bajo esta orientación, son varios los principios que deben ser observados en el proceso contractual del Estado colombiano, como es el caso de la libre concurrencia, sobre el cual la Corte Constitucional ha manifestado:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.” (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009)

Al respecto de lo citado, se debe en igual mencionar que este principio no se trata de una garantía constitucional otorgada en abstracto, toda vez que la misma jurisprudencia se ha encargado de caracterizar y limitar su alcance (Archila y Pabón, 2012). En este sentido, parte del objeto de lo que sigue en el documento consiste en profundizar en mencionada limitación, dando cuenta del soporte jurídico hermenéutico que subyace al reconocimiento de este principio en el ámbito de la contratación pública, y la incidencia de la más reciente expedición normativa como ocurre en el caso del Decreto 342 de 2019.

### **3.1. Libre concurrencia en la contratación estatal**

Desde la lectura jurisprudencial y, en virtud de la importancia de la selección objetiva de contratistas, se encuentra que la jurisprudencia constitucional elevó a rango constitucional la licitación y concurso público, en función del interés que debe permear la labor contractual del Estado en la selección objetiva de quienes contratan con este (Miranda, 2016). En este sentido, es prolongada la jurisprudencia que así lo señala, como ocurre en el caso de la Sentencia C-400 de 1999, donde se genera un estudio de la constitucionalidad de las normas contractuales que regulan la licitación pública, sobre lo cual este Alto Tribunal señaló:

(...) la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo(...). De otra parte, la Corte encuentra también que la escogencia del contratista mediante licitación o concurso es un sistema que implícitamente es aceptado por nuestra Carta Política. En efecto, el artículo 273 superior a su tenor literal expresa que "a solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública", norma constitucional que necesariamente debe ser interpretada en el sentido de que el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución de la licitación. (Corte Constitucional, Sentencia C-400, 1999)

En efecto, se encuentra que la Corporación ha reiterado la importancia de los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la labor contractual del Estado para procesos licitatorios y de concurso público, dotándolos de fundamentos esenciales del proceso de contratación estatal; en igual sentido, se puede encontrar en este y otros pronunciamientos del Alto Tribunal, la relevancia sobre el concurso en el contrato estatal, a título de mecanismo idóneo para la participación activa en los procesos, de quien como contratista se encuentra habilitado para ello.

Este precepto se refuerza con la doctrina generada al respecto, por medio de la cual se acude a validar jurídicamente este tipo de procesos abiertos, por excelencia cubiertos en la licitación, como una modalidad contractual por medio de la cual se legitima la función contractual del Estado en la vía de buscar lo mejor para lograr los fines del Estado. Al respecto de esta doctrina, bien se puede ir a la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, quien al respecto de la licitación pública señala que esta:

(...) es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, según Enrique Sayagués Laso. Por su parte, Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, "la 'ratio iuris' no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al 'cumplimiento' del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas." Y en relación con los administrados afirma: "con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; trátase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos. (Consejo de Estado, radicado 12037, 2001)

Visto así, se puede en tanto señalar que la libre concurrencia en la contratación estatal se expresa a modo del mecanismo idóneo para permitir que, en la ejecución de la actividad administrativa, se logre la participación de la mejor idoneidad posible; evitando, en otra manera de expresarlo, que se establezcan límites a quien pueda desarrollar las actividades contractuales que requiere el Estado, para dar el mejor cumplimiento posible a su responsabilidad determinada en sus fines.

Esto así, es también la garantía de que la actuación administrativa y de las partes que contratan con estas, se someta para beneficios de los partícipes y de la sociedad en general,

al imperio de la ley. Este es un hecho, señalado en reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que, en caso de esta última, ha apoyado dicha afirmación en la misma doctrina, la cual citando a Jaime Santofimio (2003), ha recogido de los textos de este que:

Lo anterior implica que “por mandato constitucional existe una especial carga material en cabeza de las autoridades responsables de las actuaciones administrativas para ofrecer las garantías que sean indispensables, establecidas en la Constitución, la ley, o las que requieran en desarrollo de éstas, con el propósito de que los derechos de los procesados administrativamente o de las simples partes procesales no se afecten, o sencillamente para romper cualquier elemento que pueda generar arbitrariedad, oscurantismo o unilateralismo en los trámites procesales administrativos. Lo anterior se complementa de manera magnífica con lo dispuesto en el artículo 35 [42 de la ley 1437 de 2011], según el cual para adoptar una decisión administrativa la autoridad respectiva debió brindar las garantías necesarias y pertinentes a los interesados, sobre todo aquellas derivadas de la audiencia previa, con el propósito de que la misma no surja al mundo jurídico viciada por ilegal”. (Consejo de Estado, Expediente 31362, 2015)

Si bien entonces, en la ejecución contractual del Estado se ha prestado un gran interés a la ejecución contractual, siendo allí donde se ha puesto importancia dado entre otras situaciones, los casos de corrupción, lo anterior permite a su vez llamar a que se preste especial atención a la etapa precontractual, donde en principio se puede crear el escenario para establecer procesos contractuales viciados jurídicamente; en consecuencia, donde por ejemplo se halle la no observancia de la libre competencia, entre otros mandatos legales.

Así, y motivado entre otras circunstancias por la superación de las condiciones que propician la defraudación de la administración vía la celebración indebida de contratos, es que se debe dar mención a normas que, de manera reciente, han sido expedidas para cualificar, sobre todo en procesos licitatorios, la selección objetiva entre los proponentes y

mejora en el llamado precontractual, como ocurre con el Decreto 342 del 2019, por el cual se generan nuevas reglas de juego en el uso de pliegos tipo<sup>3</sup> en el sector infraestructura.

Entre otros, el objeto de esta norma es limitar el “contrato sastré” que, en otrora, era diseñado para ajustar el proceso licitatorio a los intereses del contratista (Neira, 2018); esto, al amparo a su vez, de lo dispuesto en la Ley 1882 de 2018, cuyo ámbito regulatorio es también el tema de la contratación en infraestructura pública, para establecer de manera estandarizada los criterios que todo contrato de este tipo debe tener, sin distinción de la tipo de entidad que la contrata o región del país donde la obra se lleve a cabo.

De conformidad entonces a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 que adopta los documentos tipo para licitación de obra pública, se crea, bajo la elaboración de Colombia Compra Eficiente en conjunto con otras entidades estatales y gremios, los documentos tipo, los cuales normativamente se adiciona esta categoría a la Sección 6 y la Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que es el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional referente al desarrollo de obras públicas de infraestructura de transporte.

Básicamente, el Decreto 342 del 2019 regula con base en las normas con anterioridad mencionadas, sobre las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y la adjudicación del contrato, siendo parte de estas las reglas de interpretación, causales de rechazo, la acreditación de la capacidad jurídica, la verificación de la experiencia de los proponentes, el estudio de los indicadores financieros, los métodos de ponderación de la oferta económica y, la ponderación de los elementos de calidad; en el agregado de un documento que de manera clara estipule las pautas generales para la ejecución del contrato (Decreto 342, 2019).

La norma con vigencia a partir del 1 de abril del año de expedición, en términos generales recoge el sentir de un sector de la opinión pública que, de manera reiterada solicitaba la estandarización de los pliegos de condiciones de las entidades para la participación en licitaciones, toda vez que, como se ha indicado, se consideraba con

---

<sup>3</sup> Los pliegos tipo, también denominados documentos tipo, son un tipo de parámetro o esquema de contenido de contrato estandarizado, los cuales restringen la discrecionalidad de las entidades contratantes para fijar a su consideración los elementos a tener en cuenta en los pliegos de condiciones. (Garzón, 2017).

anterioridad que la facultad de la entidad para determinar a su discreción las condiciones en los pliegos, era la vía de entrada a la adecuación amañada de contratistas, en detrimento, entre otros principios de la libre competencia.

Planteado lo anterior, sigue entonces llegar a un análisis reflexivo sobre el actual compendio normativo y sus posibilidades de mejora, sobre la base del reconocimiento de lo que se encuentra positivo en su actual diseño. Para ello, será de gran ayuda volver sobre lo dispuesto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, si bien son también fuente de derecho, merecen a su vez su recogimiento por parte del legislativo y ejecutivo, para avanzar en la expedición de leyes que fortalezcan el reconocimiento del principio de libre competencia en la contratación celebrada por la administración estatal.

### **3.2. La competencia y capacidad para contratar**

El artículo 333 de la Constitución señala que “La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Así, la libre competencia supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita, en tarea que debe ser promovida desde el mismo Estado. Ello se refleja en el desarrollo jurisprudencial de la norma en comento, como se extrae de la sentencia C-535 de 1997, donde la Corte delimitó el alcance de la libre competencia en los siguientes términos:

La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y

calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. (Corte Constitucional, Sentencia C-535, 1997)

Este apartado sobre lo conceptuado respecto a la libre competencia por parte del Alto Tribunal Constitucional sirve para generar una primera entrada en lo que corresponde a la importancia de la libre competencia en el marco de la celebración contractual del Estado, y en consecuencia, su conexidad con la importancia otorgada con anterioridad al reconocimiento de libre competencia. En este sentido, conviene volver al pronunciamiento Constitucional citado, para ahondar respecto a esta conducta económica de la libre competencia, en lo siguiente:

(...), si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores. El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean estos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración. (Corte Constitucional, Sentencia C-535, 1997)

En la lectura aplicada de la libre competencia y competencia, se puede llegar a considerar que la materialización armónica de ambas, en términos de la contratación pública, lleva por efecto al logro constitucional de la igualdad como principio tenor de la administración. Este se trata, pues, de un precepto que se encuentra reiterado no solo en lo preceptuado por parte de la Corte Constitucional, sino también en lo afirmado al respecto por parte del Consejo de Estado, quien en reiterada jurisprudencia ha insistido:



La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atenta contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. (Consejo de Estado, radicado 35177, 2007)

Léase lo anterior como argumento pertinente para permitir advertir que, en todo caso, se debe cuidar de no caer en la imprecisión jurídica de afirmar entonces que, en cumplimiento de permitir la participación, no puedan existir límites ni restricciones en términos de la contratación estatal, lo cual como se indica es errado, en la medida que se reconoce que sí pueden existir dichos límites y restricciones, siempre y cuando ellos no conduzcan a la vulneración de otros fundamentos constitucionales.

Para el caso, se puede señalar que la administración, en procura precisamente de la mejor ejecución presupuestal, debe por ejemplo establecer inhabilidades o criterios clasificatorios mínimos, sin embargo, y en consecuencia de lo planteado en el párrafo anterior, lo que se afirma es que ello se puede hacer, siempre y cuando estas restricciones o inhabilidades se encuentren lo suficiente motivadas en los fines constitucionales dispuestos para el Estado.

De igual manera, lo anterior lleva a su vez a la consideración respecto a la pertinencia que tiene la implementación de los pliegos tipo en contratos de obra pública, aunque, y ello como una crítica constructiva que se hace sobre dispositivos normativos como el Decreto 342 del 2019, se encuentra que la limitación a tan solo contratos de infraestructura de transporte, debilita el alcance de la norma ya que no se encuentra razón al por qué esta no se extiende a otras obras de infraestructura, o en general, a todo contrato licitatorio.

Al relacionar este aspecto de la norma, con lo dictado previamente en la jurisprudencia, se puede en tanto considerar que, el cumplimiento de la libre competencia en términos de la contratación estatal viene entonces observada por la validación primaria de quién puede o no participar libremente en dicha contratación. Se trata, en este sentido, de una libre competencia que, por efecto, debe pasar en principio un proceso de validación y cualificación de capacidades; así, quien supere estos criterios mínimos habilitantes, podría abiertamente participar en cualquier proceso para el cual se encuentre habilitado.

Así las cosas, se llega entonces a considerar que la libre competencia es una condición implícita en el principio de la libre concurrencia, el cual no solo de la forma en términos procedimentales, sino que, también, ayuda a caracterizar su naturaleza en la vía de justificar su aplicabilidad en el caso de la contratación estatal, desde la selección o habilitación de unos mínimos de cumplimiento de requisitos de quienes quieran participar en esta, como por excelencia debe ocurrir en la situación de la celebración de licitaciones públicas.

## **Conclusiones**

El documento ha permitido trazar un camino de comprensión respecto al reconocimiento y promoción de la libre concurrencia en la contratación pública en Colombia, encontrando su particular y necesaria aplicación al caso de la modalidad contractual de la licitación pública. Al respecto, se encontró que existe un interés en las normas, aunque más en la jurisprudencia, de marcar sobre este un factor de importancia en procura de lograr el mejor cumplimiento de los fines del Estado.

Así, al considerar que cuando el Estado actúa, lo hace en muchas ocasiones a través de la contratación, adquiere relevancia el cumplimiento de un cúmulo de presupuestos y principios, entre los cuales se encuentra la libre concurrencia sobre todo cuando a grandes procesos contractuales se hace referencia. Este es un aspecto en el que ha insistido la jurisprudencia, aunque no igual, se encuentra en la norma, y es allí donde se genera una de las reflexiones centrales del actual documento, en el sentido, de mejorar el dispositivo normativo que refiere a la aplicación de la libre concurrencia en la contratación pública.

Para el caso, bien se podría considerar que avanzar en aspectos de la norma sobre la mejora de la selección objetiva en contratos licitatorios y la extensión generalizada de los pliegos tipo, puede permitir cumplir con este propósito, pues, como se concluye de la jurisprudencia, resulta de importancia la existencia de la promoción de la competencia, sobre el umbral de quienes se encuentren habilitados para participar de los distintos procesos contractuales licitatorios ofertados por el Estado.

Se trata entonces, que la norma sea más específica en términos de la verificación y evaluación de requisitos habilitantes de oferentes, de tal manera que se logre un espectro más objetivo en la selección contractual. Sobre lo señalado, no se puede desconocer que en momentos parece que las entidades estatales adecuan los mínimos habilitantes a criterios que van más allá de la selección objetiva, lo cual en la práctica lleva a beneficiar a alguien en particular, siendo este entonces uno de los aspectos sobre los que legislativamente se invita a hacer mejoras.

Lo anterior, toda vez que como se ha evidenciado en el documento, al momento de revisar las condiciones jurídicas actualmente generadas en el país respecto al reconocimiento jurídico del principio de libre competencia por parte de la administración en contratación estatal en los procesos de contratación pública, se encuentra que estas condiciones normativas han sido pacíficamente construidas, para no restringir de manera inconstitucional la garantía de este principio.

Sea entonces conveniente instar sobre la base de esta conclusión, tanto al legislador como a las autoridades administrativas en la materia, como sucede en el caso de Colombia Compra Eficiente, a aunar esfuerzos en la vía de construir, no solo una normatividad más clara, sino también una doctrina que facilite la comprensión y promoción del principio de libre competencia en la contratación estatal, sin lastimar con ello los avances logrados en temas de promoción de la participación y la transparencia.

## Referencias

- Alarcón, H. A. (2010). Contratación estatal comparada con Argentina. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 4(1), 205-236.
- Araujo O., R. (2011). La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Bogotá: Universidad del Rosario.
- Archila, E. J., & Pabón, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos: el caso paradigmático para las entidades públicas. *Con-texto*, 38, 9-32.
- Bahamón, M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bautista, P. (2017). *El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal colombiana* (Artículo presentado como requisito parcial para optar al título de abogada). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Castro, C. (2010). *La contratación estatal: teoría general: perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Garzón, J. C. (2017). *Contratación pública: crisis del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación* (Documento de tesis presentado como requisito parcial para optar al grado de Doctor en Derecho). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Guzmán, J. C. (2010). La selección abreviada: una modalidad dirigida a la efectividad de la actividad contractual de las entidades del Estado. En: Araujo, R. (compiladora). *La Ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*, (331-348). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Matallana, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miranda, M. J. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Verba Iuris*, (35), 65-84.
- Morón, J. C. (2006). Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *Themis: Revista de Derecho*, (52), 189-210.

- Neira, C. A. (2018). *Modelo conceptual para la presentación de ofertas de contratación pública a través de la plataforma virtual SECOP II* (Artículo presentado como requisito parcial para optar al título de abogado). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Orrego, G. (2013). La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. *Summa Iuris*, 1(1), 35-56.
- Ortega, L. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Ossa, C. E. (2014). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho*, (42), 233-263.
- Rincón, J. (2012). Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia. *Vniversitas*, (12), 319-337.
- Rosas, J. A. (2017). *Anticipos mediados por fiducia en la contratación estatal: en búsqueda de la transparencia* (Artículo presentado como requisito parcial para optar al título de abogado). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Safar, M. S. (2014). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Safar, M. S. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 273-293.
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vallejo, G. (2016). El procedimiento de formación de la voluntad de la administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal. En: Fernández, M. (coordinadora). *Fundamentos contemporáneos del derecho público: transformaciones necesarias*, (35-68). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vásquez, J. E. (2018). Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 21(41), 79-98.

## **Jurisprudencia**

Consejo de Estado, Sección Tercera. (19 de julio de 2001). Sentencia 12037. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de diciembre de 2007). Sentencia 31447. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (18 de marzo de 2015). Sentencia 31618. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 47001-23-31-000-2001-00842-01(31618).

Corte Constitucional. (23 de octubre de 1997) Sentencia C-535. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: Expediente D-1598.

Corte Constitucional. (2 de junio de 1999). Sentencia C-400. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente D-2268.

Corte Constitucional. (7 de octubre de 2009). Sentencia C-713. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Referencia: Expediente D-7663.