

**La selección objetiva como alternativa para disminuir el
impacto negativo de la corrupción en la actividad de la
contratación administrativa, en Colombia**

***The objective selection as an alternative to reduce the negative
impact of corruption on the activity of administrative
contracting, in Colombia***

Evaristo Arteta C, Universidad Libre

Manuel Montalvo G., Universidad Libre

Omer Rodríguez R., Universidad Libre, omerrodriguezrubio@hotmail.com

RESUMEN

La contratación administrativa ha sido, desde hace muchas décadas, uno de los problemas más grandes que enfrenta el Estado, en la medida en que se ha ido convirtiendo en uno de los bastiones de la corrupción, ya que mediante la contratación los recursos del Estado han sido objeto de dilapidación y de acciones que riñen con la rectitud, sujeción a las normas y cumplimiento de lo contratado. En el presente artículo se aborda la problemática enunciada, en una exploración bibliográfica, cuyo objetivo es mostrar las bondades y defectos de la Selección Objetiva, como alternativa para luchar contra la corrupción inmersa en la figura de la contratación con el Estado. El grupo pudo establecer cómo la selección objetiva es realmente una solución, en la medida que se la complementa con una cultura de cumplimiento, de buena fe y deseos de servir, a través de la contratación que utiliza el Estado para cumplir sus funciones constitucionales y satisfacer las necesidades de los coasociados.

Palabras clave: Administración Pública, Contratación Administrativa, Corrupción administrativa, Ley 80 de 1993, Selección Objetiva.

ABSTRACT

Administrative contracting has been, for many decades, one of the biggest problems faced by the State, to the extent that it has become one of the bastions of corruption, since through contracting the State resources have been the object of dilapidation and actions that conflict with rectitude, subject to the rules and compliance with the contract. This article addresses the stated problem, in a bibliographic exploration, whose objective is to show the benefits and defects of Objective Selection, as an alternative to fight against corruption immersed in the figure of contracting with the State. The group was able to establish how objective selection is really a solution, to the extent that it is complemented by a culture of compliance, in good faith and a desire to serve, through the contracting that the State uses to fulfill its constitutional functions and satisfy the needs of partners.

Keywords: Public Administration, Administrative Contracting, Administrative Corruption, Law 80 of 1993, Objective Selection.

INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa o contratación estatal se fundamenta, en Colombia, en materia de necesidad, en las obligaciones y funciones que asigna el mandato superior al Estado y en la Ley 80 de 1993, como estatuto que permite al mismo cumplir con los mencionados mandatos. La contratación con otras personas, naturales o jurídicas, constituye una necesidad del Estado para funcionar como tal, máxime en un Estado Social de Derecho, en el que la Constitución establece cuáles son las obligaciones que tiene el Estado para con sus coasociados, como requisito ineludible para brindar a los mismos una buena calidad de vida.

Es quizá esta obligación del Estado, esta necesidad permanente de contratación, lo que ha generado que esta actividad se constituya en uno de las grandes preocupaciones, inicialmente de las autoridades y, en términos generales, de la comunidad, ya que a través de ella se dan situaciones en las que

los intereses legítimos de los coasociados se ven vulnerados, en ocasiones por desconocimiento o poca formación de los funcionarios y, en la mayoría de los casos, porque la contratación constituye una forma ideal para hacerse a recursos que son de la comunidad, del Estado, pero que terminan en manos de funcionarios inescrupulosos y/o de contratistas con afán de enriquecimiento ilícito.

La Ley 80 de 1993 es conocida como Estatuto de la Contratación Administrativa o de la Administración Pública. En ella se establece la generalidad de reglas que aplican y que apuntan a lograr que la contratación sea transparente y acorde con la necesidad del Estado y del bienestar de la comunidad. No obstante, no faltan los inescrupulosos que ven en la contratación con el Estado una oportunidad de enriquecimiento ilícito, razón por la cual pretenden eludir la normatividad vigente y extraer de la contratación, un provecho indebido, afectando el interés legítimo de los colombianos.

El problema de la contratación administrativa no es nuevo ni tampoco es ahora cuando el Estado toma conciencia de su importancia e impacto. Es precisamente eso lo que ha dado origen a la puesta en vigencia de normas que apuntan a que la contratación en el Estado y terceras personas se dé en un marco de transparencia, entendiéndose como tal, el cumplimiento de lo pactado en el tiempo pactado, con las condiciones de calidad exigidas y con precios que no trasciendan los costos que en justicia debe pagar el Estado por la contratación.

Una de las primeras manifestaciones, en tiempo reciente, de la preocupación estatal por la contratación administrativa se encarna en el Decreto ley 150 de 1976, norma que se circunscribe a tratar los fenómenos que para entonces se daban en la contratación administrativa. No es un secreto que, en la medida en que avanzan los tiempos, la contratación es objeto de trampas más sofisticadas, de modalidades de contratación que no consultan el interés general

de los coasociados, etc. La problemática, en su complejidad, ha traído como alternativas de solución modalidades de contratación con el Estado como la Selección Objetiva, figura con la que se pretende disminuir el impacto negativo de la actividad de los inescrupulosos, en la contratación con el Estado.

Más tarde, con la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983, en su artículo 33 se contemplaban los llamados requisitos, para la escogencia del contratista, dentro de los que incluyen los elementos conformantes de la contratación, como el precio, el plazo, la calidad, el cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica capacidad técnica, organización, equipos y experiencia del posible contratista, con el fin de minimizar el efecto nocivo de los vicios de la contratación del Estado.

La ya mencionada Ley 80 de 1993, en su enunciado, más precisamente en el artículo 29, expresa que “el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” deben constituir aspectos básicos en la selección del contratista. La mencionada norma manifiesta que, en su generalidad, la contratación debe hacerse con aquel proponente cuya propuesta consulte lo más ajustado posible, las necesidades y condiciones de la contratación, teniendo siempre como ejes rectores las condiciones del problema que se pretende atender, los precios y, obviamente, la garantía de calidad que brinda el contratista al Estado en la solución del problema atendido.

Por otra parte también que en esta elección no se vea influenciada por otros factores como afectos o intereses personales por parte de los funcionarios públicos o algún motivo subjetivo que se pueda inclinar por una participante en particular, sin que por ello la decisión fuese justa, en detrimento de los intereses del Estado, como consecuencia de una subjetividad que soslaya el deber de

elección objetiva a favor del interés común de los ciudadanos, representados en la persona jurídica del Estado.

La ley 80 de 1993 consagra la selección objetiva como requisito en la contratación, estableciendo, en el ya mencionado artículo 29 que “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

Evidentemente, la intención del legislador cuando habla de selección objetiva, es aludir las bondades de la escogencia, en el sentido de dar vía a la que mejor consulte el interés del Estado y de la comunidad. Sin embargo, no escapa al análisis desprevenido el hecho de una selección subjetiva, por parte del funcionario competente, que puede estar viciada en su contenido, ya por intención, omisión o falta de debido cuidado, sin descuidar las acciones intencionales que buscan desviar el interés por derroteros diferentes, a favor de particulares.

Es de señalar que la selección objetiva busca evitar situaciones que se han venido dando de manera repetitiva, las cuales se conocen, en realidad, cuando proponentes diferentes al escogido expresan su inconformidad con la selección, alegando tener iguales o mejores condiciones en sus pliegos de propuesta; también es evidente que la selección objetiva no fue tomada en cuenta o se aplicó indebidamente, cuando el resultado de la contratación contradice el presupuesto de transparencia que, se supone, hace parte del proceso e identifica la operación, desde la selección de candidatos hasta la escogencia del que reúne las mejores condiciones para la contratación.

Desde estas perspectivas, se habla de selección objetiva en el presente artículo, con fundamento en información recopilada que evidencia la existencia de situaciones no típicas en el proceso de escogencia de candidatos para la

contratación con el Estado, lo que constituye un vicio de esa actividad, si se parte del principio de que, quienes contratan en nombre del Estado, lo hacen con sujeción a las normas y a los preceptos de transparencia y efectividad, apuntando siempre al bien del coasociado.

Se pretende analizar, en este artículo, si el principio-regla de la selección objetiva se halla presente en toda la actividad de la contratación administrativa, lo cual constituiría una garantía de efectividad y eficiencia, que son las condiciones básicas para que tanto el Estado como los proponentes, se hallen convencidos de que el proceso de contratación se hace con sujeción a normas y preceptos de respeto al interés ciudadano y de todas las partes intervinientes en la contratación administrativa.

Materiales y Métodos

Para efectos de este artículo se toman en cuenta la metodología descriptiva y analítica, aplicada a la normatividad vigente; en esa misma dirección de pensamientos, se realiza una inspección bibliográfica que se halla sustentada en experiencias tangibles, que se traen a colación con el simple deseo de mostrar la sustentabilidad de las distintas teorías, en pro y en contra de la selección objetiva como de forzosa o eventual observancia, según cada caso, en materia de la contratación administrativa.

Diseño

El presente artículo es diseñado a partir de la concepción de metodología descriptiva (Méndez, 2007), dado que se fundamenta en hechos concretos y una normatividad ya vigente, no susceptible de cambios aunque sí de interpretación en el desarrollo del trabajo. La descripción permite la descomposición del problema en todos sus elementos constitutivos, con el fin de determinar el rol

que cada uno juega en la problemática objeto de estudio y en la interrelación con los demás elementos, sin comprometer el criterio del autor con hipótesis específicas (Paniagua, 2008).

En el diseño del artículo se incluyen apartes normativos y jurisprudenciales, ya que se estima necesario para motivar y sustentar el desarrollo del artículo, el cual parte de la convicción personal del autor, en el sentido que la observancia de las normas, según fueron concebidas, conllevará a un buen desarrollo y feliz resultado de la contratación administrativa, en Colombia.

Hallazgos

El principio de selección objetiva consulta aspectos como el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente permiten determinar la propuesta más favorable. De estos factores, la administración determina, en cada contratación, cuál es la preponderancia u orden jerárquico de cada uno, con fundamento en el análisis desprevenido de la problemática que se pretende solucionar.

A partir de lo anterior, se entiende que la selección objetiva impone: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). En este orden de consideraciones, se entiende que la selección objetiva debe desarrollarse en un marco de sujeción y respeto al debido proceso, garantizando así los derechos de quienes hacen parte de una licitación o convocatoria para efectos de contratar con el Estado.

Aunque la Ley 80/93, como se ha dicho reiteradamente, impone la selección subjetiva como criterio ineludible de la contratación por parte del Estado, es de

tener en cuenta que, posteriormente, a través del decreto 4375 de 2006, se estableció que las reglas de juego contemplan la obligación de la publicación y entrega del Pliego de Condiciones o “ley del contrato”, como se le conoce en el coloquio judicial, como elemento que garantiza la equidad y trato igual para todos los participantes en las convocatorias de contrato, por parte del Estado..

En criterio de los autores de este artículo, ciertamente, la transparencia debe ser evidente en la apreciación objetiva, facilitando de esta manera una selección objetiva, desde criterios como:

- Que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés.

Es esto lo que hace de la selección objetiva una carta de garantía para el Estado y por extensión al ciudadano, en el sentido que la selección se fundamenta en hechos concretos que permiten discernir que la persona escogida (natural o jurídica) se ciñe a los lineamientos y condiciones de la obra que se pretende contratar. Ahora bien, una cosa es el sentido de la selección objetiva desde el punto de vista legal y jurisprudencial y otra muy diferente la aplicación de la objetividad, sin contaminación alguna de influencias o de cualquier otro elemento que pueda incidir negativamente en la objetividad de la selección. Es aquí donde radica gran parte de la problemática, ya que la objetividad puede prestarse a dudas y controversias y sólo el resultado y la sustentación jurídica adecuada podrían desmentir una influencia contraproducente en el proceso de selección.

- El grado de favorabilidad de cada propuesta se debe determinar exclusivamente con sujeción a los criterios de selección previamente establecidos por la Administración, siempre dentro del marco legal que establece los procedimientos a seguir en estos casos.

En cuanto tiene que ver con los aspectos procedimentales o reglas de juego, como se suele expresar comúnmente, se entiende que deben ser producto de la concertación en cuanto tiene que ver con los aspectos propios de cada caso, en el que deben tener voz todos los interesados. Esto es difícil en un país en el que las influencias son casi parte de la cultura nacional (Sanchez, Pérez, Rebolledo y Rodríguez, 2019); los acercamientos pueden incidir para que las reglas de juego se delinee de tal manera, que no sólo favorezca a una o varios participantes sino que inhiba desde un comienzo a otros, estableciendo así una preselección cuando aún no se conocen propuestas de ninguna índole por parte de oferentes, puesto que aún no se establecen las reglas de juego. Este aspecto es sensible en muchos casos y puede prestarse a interpretaciones sesgadas por parte de quienes, en virtud de unas reglas de juego, se ven desplazados antes de comenzar el proceso de propuestas y selección.

- Que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de escogencia debe ser objeto de descripción precisa, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, para que todos los participantes o aspirantes tengan acceso a ellos en igualdad de condiciones.

La selección objetiva no sólo busca el bien de la actividad de contratación sino la transparencia en todos los procedimientos, con sujeción a los mandatos constitucionales de igualdad y no discriminación, de manera que tanto los aspirantes contratistas y el ciudadano, tengan la plena convicción de que se procede sin la influencia nociva de recomendaciones indebidas o de preferencias cuyo origen pueda dar lugar a ideas de actos corruptos por parte de funcionarios estatales o de los mismos proponentes.

- Que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas

presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores.

En efecto, la selección debe ser el resultado de una amalgama de hechos concretos, criterios seriamente aplicados y dados a conocer en las etapas anteriores y en acciones de transparencia que resistan el más exigente análisis. Esto se torna aun más importante, casi en proporción directa, cuando se habla del monto de la obra contratada. Es de tener en cuenta que el ciudadano colombiano ha sido espectador de un desfile de acciones indebidas a lo largo de las últimas décadas, lo que, obviamente, disminuye su credibilidad y confianza en ciertas acciones de la administración, siendo la contratación administrativa la que mayormente llama su atención y despierta sus prevenciones.

Se es consciente de que, como se dijo anteriormente, en ciertos casos el monto del valor de la obra a contratar genera suspicacias y malos entendidos, enrareciendo en no pocas oportunidades la imagen de una entidad e incluso la imagen personal de quien lidera a la entidad contratante. Es humano que se de este tipo de situaciones pero ello no puede tender un manto de aceptación a priori y, por el contrario, debe servir para que la entidad y/o la persona contratante adopte las medidas orientadas a la transparencia en la elección del favorecido en un proceso de contratación administrativa.

Es de presumir que toda selección se basa en el análisis de las condiciones establecidas por la entidad y las ofertas recibidas por parte de quienes están interesados en la contratación con el Estado. Pudieran darse confusiones que, en ese caso, la entidad y los encargados dentro de ella de adelantar el proceso de escogencia, deberán aclarar, en guarda del debido proceso por igual para todos los oferentes. Esto es importante porque la decisión se asemeja a la cosa juzgada en cierto punto y por ello debe fundamentarse en una argumentación

convinciente, clara y debidamente sustentada, de manera que la decisión se vea respaldada por el aura de transparencia en los procedimientos. Al respecto dijo la Corte:

En aplicación de los principios de igualdad de trato jurídico, supremacía constitucional, seguridad jurídica y confianza legítima, esta Corporación ha señalado que los jueces tienen el deber de motivar y fundamentar las conclusiones a las que llegan al resolver los asuntos concretos, teniendo en cuenta las reglas fijadas en los casos fallados y que surgen de la interpretación de la Constitución. Así, a todos los jueces, incluyendo a la propia Corte Constitucional, corresponde identificar la ratio decidendi o aquella parte de las sentencias que constituye la razón de decisiones anteriores consolidadas y uniformes, para justificar la decisión; de tal forma que puede reproducir los argumentos precedentes y, reiterar jurisprudencia, o justificar con argumentos serios, claros y suficientes su separación del precedente para adoptar una decisión distinta a la fallada con anterioridad. (Corte Constitucional. 932/07)

La ratio decidendi es, ciertamente, la fundamentación de la decisión tomada y obviamente debe estar debidamente respaldada por motivación razonada, que no deje lugar a dudas sobre la certeza y acierto de la selección. No obstante, en algunos casos pudiera darse alguna diferencia conceptual por parte de los oferentes, en cuyo caso es la exposición de razones la alternativa para dejar clara la decisión tomada.

Ahora bien, es posible que la ratio decidendi pueda ser, desde una revisión externa, cuestionada por uno u otro motivo, lo cual no quiere decir que se haya procedido contra la ley, en razón de que la posición subjetiva puede conllevar a la observancia desde aristas diferentes del problema.

La selección objetiva es una figura controvertible por su naturaleza misma. En ella se hallan hermanados argumentos que son o que pueden ser contradictorios en determinados casos, ya que la razón de la selección objetiva es el beneficio del Estado en sus intereses legítimos y, en guarda de ellos, pueden darse situaciones en las que el escogido pueda ser objeto de controversia, desde la perspectiva de la competencia y la suspicacia de quienes no resultan elegidos. En esos casos no suele ser rara la argumentación de influencias o de manejos sesgados de las decisiones y sólo la ratio decidendi debidamente motivada y argumentada puede dar fin a la controversia.

Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución). (Monroy Cabra, 2007.).

Como bien lo manifiesta el ilustre autor citado, la legislación no es absoluta y deja abierta la posibilidad de que los seleccionadores, en uso del buen criterio y apuntando siempre al bien general, a través de la selección objetiva de la mejor propuesta, pueda en determinados casos apartarse sutilmente de los criterios generales, cuando se trata de favorecer a ciertos sectores de la comunidad

constitucionalmente protegidos y privilegiados en relación con la acción del Estado.

Pero el problema no es exclusivamente cuando se trata de favorecer a grupos constitucionalmente protegidos. Ya lo expuso Niebles (2017) cuando hace alusión a presuntos vicios que se dan en la contratación, con selección previa que afecta al grueso de los participantes en las licitaciones. Dice el citado autor:

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

Quiere el autor de este artículo hacer especial énfasis en que el proceso de contratación con el Estado será siempre objeto de suspicacias y señalamientos, motivados o no, reales o ficticios. Es parte de la contratación misma, en un Estado Social de Derecho en el cual, cuando un ciudadano piensa que han vulnerado sus derechos lo manifieste abiertamente, así no le asista la razón. Por ello, los señalamientos en cuanto tiene que ver con la contratación administrativa se seguirán dando y de hecho hoy se manejan situaciones sumamente complejas, en las que la dignidad de personas y de instituciones internacionales es objeto de señalamientos. Esa situación será repetitiva, lo que no equivale a decir que se acolite ese tipo de situaciones ni que se estime necesario que las mismas se den dentro del proceso de contratación administrativa.

De otro lado, no escapa al criterio más desprevenido que en el país se viene dando una serie de situaciones que seguramente no son nuevas; lo nuevo es que

hoy, con la tecnología de las comunicaciones existente, resulta más fácil y eficaz obtener información sobre situaciones que anteriormente eran controladas por los interesados, a fin de no permitir el acceso a ellas de personas distintas a las involucradas en los hechos.

Ahora bien, la selección objetiva deja a criterio del seleccionador la opción de saltar ciertas barreras convencionales, cuando el interés del Estado se halla en juego; presumiendo, como es apenas lógico, la transparencia del proceso, se permite que el encargado de hacer la selección obvía la observancia de ciertos hechos relevantes, siempre apuntando al mejor beneficio para el Estado colombiano.

La contratación estatal tiene un fin plenamente fijado en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, cuando expresa que con ella se busca “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”. (Ley 80 de 1993; 3º).

Desde esta perspectiva, la selección objetiva tiene vida propia y fundamento también propio; no es condicionada sino simplemente orientada a la búsqueda del mejor resultado del proceso, entendiéndose como tal el que consulta el interés colectivo de los coasociados colombianos.

Quizá en el problema incide la necesidad de la contratación como una condición para el cumplimiento de las funciones del Estado; esa necesidad conlleva a la contratación de bienes y servicios y es allí donde radica su propia dificultad. Sin embargo, no es de desconocer que gran parte de dicha dificultad radica en la inadaptabilidad de los funcionarios a unas obligaciones que se presume deben realizar por omisión, entre ellos la buena fe, el debido proceso, la transparencia y, en general, los principios sobre los cuales descansa la figura jurídica de la contratación pública.

Llegados a este punto de discusión, cabe preguntarse: ¿es el menor valor la oferta más favorable? Este interrogante surge porque, generalmente, el argumento más esgrimido en la discusión sobre resultados de un proceso licitatorio gira en torno al valor de la oferta escogida. Y es que generalmente se piensa que la oferta de menor valor es la mejor para el Estado, dejando de lado otras consideraciones tanto o más incidentes en la calidad de la contratación, que el valor de la misma.

Los criterios de calidad se miden a partir de la definición de que calidad “... es la capacidad de un bien o servicio para satisfacer la necesidad a que está destinado(a)” (Ishikawa, 1997). Desde esa perspectiva se descarta el valor como elemento decisorio de un proceso de licitación o de contratación administrativa, a partir del cual deba tomarse una determinación.

En la actualidad se contempla el problema de un puente construido por el Fondo de Adaptación y que jocosamente es denominado el “puente acordeón”, dado que, aun antes de darse al servicio, ha comenzado a deformarse y los beneficiarios de la obra, es decir, los habitantes del entorno, no se atreven a utilizar el puente hasta tanto sea sometido a una prueba de carga que garantice su resistencia y seguridad.

Es de señalar que este puente se construyó desde la figura de la emergencia, ocasionada por el desbordamiento del río Magdalena, inundando una amplia franja de terreno en el año 2010. Declarada la emergencia, la selección objetiva cobra especial vigencia, dado que no habría proceso normal de entrega de pliegos y el funcionario público competente podía acceder a una contratación directa, aplicando para ello su criterio y, con este, una “selección objetiva”, que se supone se basaba en la escogencia del mejor postor, desde todos los puntos de vista y criterios de elección aplicables.

El tema del menor valor no ha pasado desapercibido en la legislación colombiana. Ramírez (2014) hace una pequeña recopilación de antecedentes que se estima necesario traer a colación, no sólo como prueba de su consideración legislativa sino de que la misma figura no desapareció y aún hace tránsito a través de otras normas que derogaron a otras en las que fue inicialmente contemplada:

El primer antecedente que estableció el menor valor como punto de escogencia de los contratistas del Estado fue el Decreto 2170 de 2002³, al dejar a potestad de la administración pública en los procesos de menor cuantía el hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación. En el mismo sentido se consagró dicho sistema en el Decreto 959 de 2006, reglamentos hoy derogados, pero cuyo cuerpo normativo se reprodujo con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el derogado Decreto 0734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013. (Ramírez, 2014).

Retoma actualidad el significado de “calidad” como satisfacción de necesidad y no como ahorro. Pero en mente del legislador colombiano, el tema del “ahorro” ha sido manejado de manera sesgada y su aplicación en las normas relacionadas con la contratación administrativa ha sido reiterado y por ello figura como parte de la normatividad, derogado en unas normas para ser retomado en otros.

Los documentos CONPES son tenidos como máxima expresión de análisis y estudio económico, en el que se valoran no sólo las necesidades sino también las posibilidades en el corto, mediano y largo plazo. Es quizá esto lo que lleva a Benavides, citado por Ramírez, a hacer acotaciones sobre el tema mencionado, quizá a manera de crítica o de llamado de atención:

Podemos afirmar, desde ahora, que resulta incoherente desde una perspectiva jurídica que un estudio de tal envergadura, como lo son los documentos Conpes, no realice un estudio jurídico de la normatividad en materia de eficiencia y eficacia, pues lo que deja entrever es el constante sacrificio de pilares como la calidad e idoneidad de lo adquirido mediante el sistema de contratación estatal. Lo cual evidencia la falta de técnica y vista jurídica que tuvo la consecución del referido documento. Por tanto, la única finalidad del documento Conpes en cuestión, fue la de consagrar mecanismos que mitigaran la corrupción, creando el menor valor como único factor de escogencia del contratista en la adquisición de bienes y servicios de común utilización. (Benavides, 2004; citado por Ramírez; Bolívar, 2017).

Lo anterior evidencia que ha existido siempre una inclinación a confundir el menor precio con la mejor oferta. Desde la perspectiva de la administración pública, el buen administrador es el que contrata el menor precio, en una apreciación subjetiva y no objetiva, dejando de lado otras variables como la calidad, garantía, tiempos, etc.

Luego la selección objetiva no puede basarse exclusivamente en aspectos como el menor precio, entre otras cosas, porque la selección objetiva entraña responsabilidad para el seleccionador, en el sentido de garantizar los mejores resultados de su gestión y en ello juegan más interés el servicio de lo contratado que el valor pagado por ello, con contadas, muy contadas excepciones.

Y en tal sentido cabe retomar a Ramírez (2014) cuando cita un documento CONPES en el que se lee:

... numeral 6.5. del Documento Conpes 3186 de 2002 dice: "Se considera aconsejable utilizar procedimientos de "Subasta" en aquellos casos en que el tipo de bien o servicio a contratar tenga condiciones técnicas uniformes o similares y la cuantía de lo que se contrata así lo justifique. En ese sentido podrá usarse el procedimiento, o bien para producir adjudicaciones a quien mejor satisfaga las "variables económicas" escogidas para la subasta, o como procedimiento para determinar el contenido de la oferta económica. La ventaja de este procedimiento estriba en que expone al mercado las ofertas de todos los participantes, de forma tal que les permita a todos mejorar la propia dentro del lapso de tiempo previsto previamente la puja. De esta forma la entidad obtiene la mejor oferta posible de todos y cada uno.

La sutilidad de las expresiones legislativas en muchos casos camuflan vulnerabilidades en su contenido. Y es ello lo que conlleva a confusiones y toma de decisiones no adecuadas, que rompen la objetividad, gracias a la aplicación de una subjetividad en apariencia legal pero que, vista a la luz de los resultados, no es lo que se espera del administrador de los bienes públicos.

Los servidores del Estado que poseen facultad para la contratación en nombre del mismo, están sujetos a unas normas que a manera de puente colgante, parecen carecer de seguridad; oscilan entre lo legal y lo subjetivo y ello genera un ambiente adecuado para que se incurra en acciones que pueden ser ajustadas a la necesidad objetiva de la situación pero que, desde la apreciación jurídica, pueden mostrar vacíos, inconsistencias e incluso inducir a la presunción de manejos inadecuados de los recursos del Estado.

El Consejo de Estado fija varios casos en los cuales se viola el principio de selección objetiva, por ejemplo: cuando una entidad al evaluar

las propuestas asigna puntajes idénticos en aspectos tales como flujo de suministros, subcontratos y flujo de fondos, pues no las estaría calificando atendiendo fielmente el contenido de las mismas; cuando una entidad pública deja de adjudicar un contrato a una sociedad que obtuvo mayor puntaje atendiendo a criterios como: la regla de equivalencia de las propuestas por existir una escasa diferencia en el puntaje final entre el primer y segundo proponente y por la existencia de recomendaciones desfavorable por el incumplimiento de otro contrato, los cuales no estaban previstos en el pliego de condiciones; cuando una entidad pública incluye en los pliegos de licitación criterios de penalización a los participantes que no contribuyen en nada en el proceso de selección; etc. (CCE, 2017).

La apreciación del honorable Consejo de Estado es ciertamente objetiva. El concepto de equidad debe prevalecer cuando se trata de establecer paralelo entre dos o más entidades; de otro lado, el debido proceso contempla la equidad en el sentido que se apliquen las normas previstas en las reglas de juego, evitándose así la injerencia de situaciones previas que pueden no tener ninguna relación con el objeto de contratación. (Pino, 1996).

Es entendible que las contrataciones se hacen de manera objetiva a partir de la claridad en las propuestas de los oferentes; ahora bien, ello no inhibe la posibilidad de contemplar antecedentes pero la consideración no puede estar supeditada a aspectos que no fueron parte del precedente o fijación inicial de condiciones, máxime cuando se entiende que el contrato con el Estado conlleva a asumir previsiones que guarden proporción con el monto total de lo contratado.

Discusión

El Estado está manejado por personas y desde ese punto de vista, no es de extrañar que en ocasiones se den situaciones en las que se confundan la buena fe del actor con un resultado no deseado, elementos que, sometidos al veredicto ciudadano, pueda resultar en una disminución de la credibilidad ciudadana en la transparencia que se aplica en el manejo de sus intereses legítimos.

Decir que el Estado es manejado por personas es una alusión a sus mejores cualidades, no una invitación a que incurra en los defectos típicos de los inescrupulosos, que no son otros que los de obtener ilícitamente lo que se puede obtener con la sola sujeción a la ley. Si bien es de suponer que la evolución normativa es un permanente avance, no escapa al criterio del observador común, que las normas tienen siempre sus falencias y nunca son completas. Es este el punto que debe tener en cuenta el legislador, para que su producto sea realmente sano y no una nueva oportunidad para quienes piensan siempre en la oportunidad de cometer ilícitos. (Gómez, 2012).

La selección objetiva no puede ser suprimida del proceso de contratación, entre otras cosas porque es la herramienta del funcionario honesto, que aplica su criterio en la toma de decisiones y que busca, con su propio discernimiento, tomar por el camino correcto, entendiéndose como tal aquel que favorece al Estado y por consiguiente, al coasociado.

Se estima que la selección objetiva tiene vida propia por naturaleza; el funcionario es humano y desde esa condición es contratado para que aplique su propio criterio que, independientemente del resultado, se presume por ley es de buena fe y está orientado al cumplimiento diáfano de sus funciones. (Estrada, 2010).

Esto, desde ningún punto de vista desconoce la posibilidad de que, en determinados casos, se den situaciones en las que pueden resultar señalados inocentes funcionarios que se equivocaron o exonerados de culpa funcionarios

que “supieron” hacer las cosas, de manera que el alcance de sus malsanos objetivos no lesione su imagen de buen funcionario. (Safar, 2009).

La contratación administrativa se distingue porque en su seno se manejan grandes cantidades de dinero y éste tiene muchos amigos interesados, que son personas y que, como tales, pueden incurrir en errores inocentes o en faltas premeditadas y programadas. No obstante, una cosa no debe conducir a presumir que las demás son iguales. Las buenas acciones no garantizan que las siguientes o las de otras personas les sean iguales, de la misma manera que los delitos o pecados de otros funcionarios no pueden ser tenidos como punto de partida para la emisión de diagnósticos o conclusiones que cobijen por igual a todos los funcionarios del Estado. (Bermúdez, 2009).

Si bien existe una normatividad consistente y concebida o, al menos, apuntada al buen resultado de las operaciones administrativas, ello no es garantía de resultados finales satisfactorios. Como se ha dicho reiteradamente, el Estado es una persona inmaterial manejada por personas materiales naturales, en las que bien puede anidar el deseo de transparencia o la tendencia a la comisión de actos reñidos con las leyes y la moral pública.

Conclusiones

Como se manifestó anteriormente, la contratación administrativa es uno de los escenarios en los que mayor número de ejemplos de corrupción se dan. Ello, en gran parte, por la cultura prevalente en el sentido que las cosas del Estado son de quien tiene acceso a ellas y los contratistas, en muchísimas oportunidades, consideran que contratar con el Estado es una oportunidad para acceder a ventajas, sin mayores exigencias que la disposición y decisión de hacerlo.

El legislador ha venido mostrando un interés cada vez más marcado en blindar los intereses ciudadanos administrados por el Estado, contra la voluntad malsana de los inescrupulosos. Y ello se debe a que la acción irresponsable de los culpables no tiene una única manifestación sino que, por el contrario, se expresa de distintas formas, que van desde los sobrecostos, hasta el no cumplimiento cabal de los contratos y, en no pocas ocasiones, el cobro de obras que posiblemente se iniciaron o que nunca se iniciaron, pero fueron pagadas en su totalidad.

La selección objetiva busca precisamente despertar en el funcionario contratante la aplicación no sólo de las normas, sino de su propia percepción acerca de la calidad o condiciones de los proponentes para un contrato con el Estado. En ese sentido, la selección objetiva depende en mayor parte del funcionario que del cumplimiento de requisitos, los cuales pueden ser satisfechos de manera irregular, siempre en detrimento del interés ciudadano.

De otro lado, la selección objetiva es una invitación a todos los aspirantes a un contrato, a que hagan valer sus derechos, exigiendo igualdad en el trato, oportunidades, atención y espacios y condiciones para cumplir con los requisitos que se exigen para la concesión de un contrato estatal.

Esto, sin embargo, no llama o no debe llamar a engaños. Los inescrupulosos siempre hallan la forma de eludir o de cumplir amañadamente las exigencias legales. Y es precisamente por ello que se dice que, en la selección objetiva, un elemento fundamental es la voluntad del funcionario para aplicar su criterio, su discernimiento, a fin de que quienes aspiran a contratar con el Estado, lo hagan en condiciones tales, que al contratante le sea posible la exigencia del cumplimiento total de los acuerdos firmados y legalizados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño Ortiz, Gaspar (2007). El enigma del Contrato Administrativo. En: Revista de Administración Pública N.º 172, enero-abril 2007. Madrid, pp. 79-102.
- Bermúdez Muñoz, Martín (2009). "Las condiciones económicas como factor determinante de la adjudicación en la licitación pública", en *Jornadas de contratación estatal*. Cartagena: Universidad de los Andes.
- Bolívar Rangel, D. (2017). Convivencia ciudadana versus narciso: La batalla por un orden civil pacífico e igualitario. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales*, 4(1), 126-154. <https://doi.org/10.15648/Coll.1.2017.7>
- Colombia (1993). Ley 80 de 1993. Estatuto de la Contratación Pública.
- Colombia Compra Eficiente (2017). Etapa precontractual. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248>
- Corte Constitucional (2007). Sentencia 932 de 2007.. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Estrada Sánchez, Juan Pablo (2010). "Los nuevos criterios de selección objetiva de los contratistas del Estado", en X jornadas de derecho administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal.
- Gómez Lee, Iván Darío (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 de 2012*. Bogotá: Editorial Legis.
- Ishikawa, Kaoru. (1997). La teoría de la calidad total. México: Mc Graw Hill.
- Méndez, Carlos (2007). Metodología de la investigación. Bogotá: Mc Graw Hill.
- Monroy Cabra, Marco G. (2007) Comentarios a la Ley 80 de 1993.
- Niebles, R. (2017). . El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. Universidad Libre.



- Paniagua Freyle, Rosa y Otros.(2008) Metodología de la Investigación. Fundamentos para trabajos de posgrado. Baranquilla: Uniautónoma.
- Pino Ricci, Jorge (comp.) (1996). Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Rusinque, Iván. (2014) Menor valor: ¿mejor oferta? Universidad Externado de Colombia.
- Safar Díaz, Mónica Sofía (2009). 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.
- Sanchez Fernández, S., Pérez de Guzmán, V., Rebolledo Gámez, T., & Rodríguez Casado, R. (2019). La cultura de paz y conflictos: implicaciones socioeducativas. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales*, 6(1), 235-250. <https://doi.org/10.15648/Coll.1.2019.13>