El principio de proporcionalidad en la contratación estatal

El interés general, la libre competencia económica y el principio de proporcionalidad como categorías jurídicas vinculantes a la Administración Pública en su competencia discrecional para seleccionar al contratista cuanto se trata de la licitación pública

ERNESTO MATALLANA CAMACHO

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho

Bogotá, Colombia

2019

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Marta Hinestrosa Rey
Director del Doctorado:	Dr. Edgar Cortés Moncayo
Director de Tesis:	Dr. Alexei Julio Estrada

Examinadores:

Dra. Magdalena Correa Henao

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Dr. Hugo Marín Hernández

Dr. Manuel F. Quinche Ramirez

Dr. Miguel Alejandro Malagón Pinzón

"Cuando estés estudiando cualquier tema o considerando cualquier filosofía. Pregúntate a ti mismo únicamente ¿cuáles son los hechos?, y ¿cuál es la verdad que los hechos revelan? Nunca te dejes desviar, ya sea por lo que deseas creer o por lo que crees que te traería beneficios si así fuera creído. Observa única e indudablemente sobre cuáles son los hechos"[1].

Bertrand Russell.

En mención al derecho fundamental de la libre competencia señaló: "Es claro que aquí se protege "un vino nuevo" la libertad económica como libre competencia en el orden constitucional de 1991, en el "odre viejo" del derecho a la igualdad…"[2].

Magdalena Correa.

"Como escribió un famoso jurista norteamericano – el juez Holmes– a finales del XIX, saber lo que es el Derecho equivale a no conocer lo que dicen los códigos, las leyes, sino a predecir lo que los jueces, dadas las circunstancias, harán"[3].

Manuel Atienza Rodríguez

---

[1] Fragmento de entrevista al filósofo, matemático y escritor Bertrand Arthur William Russell, en el programa "Face to Face", entrevistado por John Freeman, disponible en [www.facebook.com] consultada el 26 de diciembre de 2015.

[2] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 317.

[3] Manuel Atienza Rodríguez. "Tres lecciones de teoría del derecho", p. 78, disponible en [https://books.google.com.co/books?id=3Zm-XcrM1igC&printsec=frontcover&dq=libros+en+pdf+de+derecho+administrativo&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiHwtyisuXSAhUF7SYKHYyJCZU4HhDoAQg7MAU#v=onepage&q&f=false].

Agradecimientos

Agradecemos en primer lugar el otorgamiento de la beca para iniciar los estudios del doctorado por parte del Doctor Fernando Hinestrosa con la autorización del Doctor Alberto Montaña, y luego su apoyo para culminar los estudios por parte del actual rector Juan Carlos Henao. Agradecemos igualmente la asesoría de cada uno de los docentes del programa que con sus recomendaciones permitieron ajustar el proyecto de investigación, pero en especial debemos agradecer el acompañamiento permanente del Doctor Alexei Julio Estrada en su calidad de director de la tesis, cuyos aportes fueron fundamentales para construir el documento final. De igual manera a Juan Manuel Matallana quien nos ayudo a procesar la información del trabajo de campo y las traducciones que en algún momento se hicieron necesarias.

Dedico este trabajo de investigación a mi madre que vio en la educación nuestro proyecto de vida y siempre lo impulsó y a mis hijas que son mi razón de vivir

Contenido

El principio de proporcionalidad en la contratación estatal 1

El interés general, la libre competencia económica y el principio de proporcionalidad como categorías jurídicas vinculantes a la Administración Pública en su competencia discrecional para seleccionar al contratista cuanto se trata de la licitación pública 1

A. Introducción 11

1. Problema de la investigación 13
2. Hipótesis 16

B. La licitación pública. Regla general para seleccionar a los contratistas 18

1. Introducción 18
2. Concepto de licitación pública 18
3. Los pliegos de condiciones como instrumento para fijar las reglas de participación en la licitación pública 25
   a. La elaboración de pliegos de condiciones supone el desarrollo de una competencia discrecional 31
   b. Los pliegos tipo como regulación legal y reglamentaria 47
   c. Tratados de libre comercio suscritos por el Estado colombiano y otros países, y su incidencia en los pliegos de condiciones 49
   d. Sistemas normativos internacionales sobre contratación pública 54
4. Conclusiones 59

C. El fin del contrato estatal es el interés general como valor constitucional que influye en la construcción de las reglas de participación contenidas en los pliegos de condiciones 64

1. Introducción 64
2. El interés general es una competencia a cargo del legislador que la puede delegar en competencias discrecionales a la Administración Pública, la cual finalmente concreta dicho interés general 66
3. El interés general como concepto jurídico indeterminado y fin en el Estado Social de Derecho 79
4. El interés general en el contrato estatal 94
5. Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional para la construcción del concepto de interés general 103
6. Conclusiones 109

D. La libre competencia económica 115
1. Introducción 115
2. El concepto de libre competencia económica 115
3. La doble naturaleza jurídica de la libre competencia económica 127
a. La libre competencia como derecho objetivo 127
b. La libre competencia como derecho subjetivo 131
c. Reflexiones finales respecto de la libre competencia en la contratación pública por Albert Sánchez Graells 160
d. La acción de tutela en materia de contratación estatal 167
4. El juicio integrado de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional 173
5. Conclusiones 200
E. El principio de proporcionalidad como mecanismo para armonizar el interés general y la libre competencia económica en la contratación pública 209
1. Introducción 209
2. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo 231
a. Principio de adecuación 242
b. Principio de intervención mínima 244
c. El principio de proporcionalidad en estricto sentido 247
3. Reflexiones finales sobre el principio de proporcionalidad de Julian Rivers 248
a. Subprincipio de necesidad 248
b. El subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido 251
4. Primera casuística en procesos de selección por licitación pública sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy 254
a. Juicio integrado de igualdad 256
b. Que la medida sea adecuada y, por lo tanto, que constituya un fin constitucionalmente válido 260
5. Segunda casuística en procesos de selección por licitación sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy 267
a. Principio de adecuación. Fin constitucionalmente válido 270
b. El trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo 272
6. Casos en los cuales no es necesario aplicar el principio de proporcionalidad por prohibiciones y autorizaciones del legislador o creación jurisprudencial 274
a. Introducción 274
b. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la ley de contratación 274

c. Protección de la industria local frente a la libertad de competencia de las personas extranjeras sin domicilio en Colombia....286
d. Estatuto fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el privilegio para raizales, y residencia en las licitaciones....289
e. Promoción del desarrollo en la contratación pública. Normas de privilegio para Mipymes 293
f. Acciones positivas para sujetos de protección constitucional especial como la población discapacitada....299
g. Creación de Empresas Industriales y Comerciales del Estado con restricción de libre competencia económica....302
h. Inhabilidades para presentar propuestas por un sector de la economía en el régimen de telecomunicaciones....305
i. Acciones afirmativas para proteger el derecho a la igualdad y la libre competencia económica propuestas por la Corte Constitucional....311
Posiciones doctrinales frente a las acciones afirmativas....311
Posiciones jurisprudenciales frente a las acciones afirmativas....314
7. Conclusiones....322
F. Conclusiones de esta investigación....330
G. Trabajo de campo. Análisis de 250 licitaciones públicas 2012-2015 de contratos de obra pública....377
1. Análisis de casos para verificar el nivel de concurrencia en licitaciones públicas de obra pública....377
a. Introducción....377
b. Análisis económico del derecho....386
c. Análisis de 250 licitaciones de obra pública de más de $1.000 millones entre los años 2012 y 2015....400
d. Indicadores....401
1) Libertad de concurrencia....402
2) Beneficio económico....402
a) Análisis de un caso relacionado con un ofrecimiento sin beneficio económico....402
b) Análisis de dos casos relacionados con un ofrecimiento que garantiza el beneficio económico....405
c) Conclusiones frente al análisis del beneficio económico....407
e. Reglas de prevalencia condicionada que surgen de la aplicación del principio de proporcionalidad....413

1) Valor de la facturación asociada a la experiencia hasta una vez el presupuesto oficial 413
2) Acreditación de mínimo diez años de experiencia hacia atrás contados a partir del cierre del proceso de selección 415
3) Exigencia de experiencia de obras iguales o similares que incluya tanto el sector público como el privado 417
4) Exigencia de experiencia de obras iguales o similares de manera global 419
5) Exigencia de existencia como persona natural o jurídica en número sin años de experiencia bajo el concepto de experiencia probable 421
6) Clasificación de la experiencia del Registro Único de Proponentes adecuada a la naturaleza del contrato 423
f. La sustentación de las medidas que reflejan el criterio de experiencia en obra pública que garantice la libertad de competencia 427
1) Garantía por estabilidad de la obra en la celebración de contratos de obra pública 428
2) Garantía por vicios ocultos en la construcción de obra civil a precio único, o la garantía de estabilidad de la obra pública 429
3) Responsabilidad civil de los contratistas 430
4) Normas técnicas 430
5) Observaciones de los interesados a los pliegos de condiciones 431
6) Pliegos de condiciones que contemplan acreditación de experiencia en los últimos diez años o sin límite de años contados a partir del cierre del proceso de selección 432
7) El impacto de las tratados de integración no vinculantes y vinculantes para Colombia, las convenciones y los acuerdos comerciales en la contratación pública 432
8) Ley 1882 del 15 de enero de 2018 sobre la exigencia de experiencia en los sectores público y privado 435
9) Ejemplos de procesos de selección donde se garantizó la libertad de competencia económica 436
a) Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil 436
b) Municipio de Medellín (Antioquia) 437
c) Instituto Nacional de Vías 437
d) Municipio de Bucaramanga (Santander) 438
10) Ejemplo de proceso de selección donde se incluyeron algunas de las medidas restrictivas y que derivó en la afectación de la libre competencia económica 438
g. Conclusiones respecto del trabajo de análisis de casos elaborado para demostrar la violación del derecho de igualdad en conexidad con la libre concurrencia 439
2. Análisis de casos para verificar el cumplimiento del contrato en procesos de selección donde se garantizó la pluralidad de oferentes 441

a. Introducción 441
1) Caja de Vivienda Popular (Distrito Capital) 442
2) Instituto Nacional de Vías 443
3) Aeronáutica Civil 444
4) Secretaría de Educación del Distrito Capital 445
5) Gobernación de Santander 446
6) Municipio de Armenia (Quindío) 447
7) Municipio de Medellín (Antioquia) 447
8) Secretaría de Integración Social del Distrito Capital 448
9) Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Capital (IDU) 450
10) Unidad de Mantenimiento Vial del Distrito Capital 451
11) Gobernación de Nariño 452
12) Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá 453
13) Gobernación del Valle del Cauca 454
14) Municipio de Sesquilé (Cundinamarca) 455
15) Municipio de Duitama (Boyacá) 456
16) Metrolínea (Santander) 458
17) Metrocali (Valle del Cauca) 459
18) Municipio de Manaure (Guajira) 461
19) Municipio de Zona Bananera (Magdalena) 461
20) Fondo Financiero del Distrito Capital 462
21) Municipio de Envigado (Antioquia) 463
22) Gobernación de Antioquia 464
23) Biblioteca Piloto de Medellín (Antioquia) 465
24) Consejo Superior de la Judicatura 466
25) Fuerza Aérea Colombiana 467
26) INDER-Medellín 468
27) Policía Nacional 469
28) Municipio de El Zulia (Norte de Santander) 469
29) Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses 470
30) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 471
b. Conclusión 472
H. Bibliografía 475
1. Publicaciones 475
2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional 482
3. Jurisprudencia del Consejo de Estado 484

4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal 485
5. Páginas de Internet (consultadas el 14 de enero de 2018) 485
6. Publicaciones medios de prensa 489
7. Gacetas 490

A. Introducción

Siendo docente de los programas de especialización de la Universidad Externado de Colombia me correspondió dictar la cátedra de licitación y concurso de méritos en la

especialización de Contratación estatal, al igual que el módulo de contratación en la especialización de Derecho administrativo y de Derecho público, en la especialización y maestría de Derecho de transporte, y la materia de contratación del programa de Auditoría forense en la Facultad de Contaduría Pública; y allí decidí organizar unos talleres que reflejaran, entre otros, si la libertad de concurrencia y el derecho de igualdad entre licitantes como categorías constitucionales se veían materializadas en los procesos de selección que aleatoriamente escogían los estudiantes. Con el tiempo mi percepción se hizo negativa, pues en donde de manera recurrente encontraban los talleristas que los procesos de selección por licitación pública usualmente tenían una participación de uno o máximo dos licitantes y, excepcionalmente, una alta concurrencia, el beneficio económico era nulo o inexistente; es decir, la práctica administrativa era totalmente contraria a lo que la teoría indicaba.

Esa percepción permitió plantear un trabajo de investigación a nivel doctoral que diera respuesta a las razones por las cuales en su mayoría las entidades estatales no acataban los lineamientos que la Constitución Política le imponía a los ordenadores del gasto al momento de seleccionar al contratista por la regla general impuesta por el legislador, es decir, por el proceso denominado licitación pública, defraudando con ello el derecho fundamental que tienen los ciudadanos de ofrecer en igualdad de oportunidades, y con el ánimo de competir, bienes, servicios o la ejecución de obras a las entidades estatales.

El parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

Vemos, entonces, que en la celebración de los contratos estatales, y en especial en la fase precontractual, las entidades estatales se ven avocadas a dar cumplimiento a los mandatos que la Constitución y la ley ordenan respecto de las garantías que se deben otorgar a los interesados en presentar un ofrecimiento al Estado, y una de ellas es el derecho de participación en igualdad de oportunidades para que puedan competir los que se consideren idóneos y seleccionar entre ellos la oferta más conveniente.

Si bien es cierto que las entidades estatales tienen competencia para regular los requisitos mínimos habilitantes que deben exigir a los interesados, dichas reglas se deben establecer para garantizar tanto la selección de un contratista que le pueda ofrecer garantías al Estado respecto del cumplimiento del objeto del futuro contrato a celebrar, como la materialización del fin del contrato estatal que es el interés general, pero, adicionalmente, que en la competencia puedan presentar oferta todos aquellos que ostenten esta condición de idoneidad y experiencia, y así lo expone la doctrina como a continuación se reseña.

1. Problema de la investigación

De acuerdo con lo expuesto, una situación jurídica más satisfactoria y razonable sería que los pliegos de condiciones contengan reglas objetivas, justas, claras y completas, en donde los requisitos mínimos habilitantes, entre los cuales figura que la "*experiencia* sea 'adecuada' y 'proporcional' con la naturaleza del contrato y su valor" (num. 5 art. 24 Ley 80 de 1993 y art. 5.º Ley 1150 de 2007), garanticen, como se señaló, los principios jurídicos en que se funda la licitación pública de *libertad de concurrencia* y *derecho a la igualdad* (art. 13 y 333 C.P.), de tal manera que todo aquel que se sienta *idóneo* y con la *experiencia* suficiente tenga la posibilidad de presentar un ofrecimiento, siempre que su capacidad jurídica y su experiencia coincidan con el *interés general* (art. 1.º y 209 C.P.); y, por otra parte, que las entidades estatales tengan un mayor número de proponentes, a fin de que puedan elegir la propuesta más conveniente en aplicación del principio de selección objetiva (art. 5.º Ley 1150 de 2007). Igualmente sería plausible que si la persona natural o el empresario, mediante derechos de petición (solicitud de observaciones al pliego de condiciones), sustenta su idoneidad para ejecutar el objeto del contrato, logre que la entidad estatal modifique los reglas de participación y le permita hacer un ofrecimiento.

Cuando los pliegos de condiciones contienen requisitos mínimos habilitantes restrictivos que no permiten la participación y no son corregidos por la administración, a pesar de la solicitud de observaciones en desarrollo del derecho de petición constitucional (art. 23 C.P.), se genera una limitación a la libre competencia económica (art. 333 C.P.) y, por ende, una discriminación no autorizada al no tener ningún tipo de justificación, y, por el contrario, operan reglas abusivas, desproporcionadas e irrazonables, que también vulneran el derecho de igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) al definir los requisitos mínimos habilitantes. Por

lo tanto, se requiere aplicar una teoría jurídica que conmine al Estado a crear el espacio para que un número superior de licitantes, que se consideren *idóneos* y con la experiencia suficiente para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato estatal, y que son excluidos sin ninguna motivación o simplemente argumentando razones de interés general, puedan hacer un ofrecimiento o al menos tengan la opción de hacerlo.

Lo que se puede observar es que, cuando las entidades estatales definen las reglas de participación para la mayoría de las licitaciones públicas que buscan adjudicar contratos de obra iguales o superiores a $1.000 millones, en determinados casos terminan exigiendo requisitos que no pueden cumplir todos los interesados, llegando incluso a generar procesos de selección de contratistas con un único proponente o máximo dos, atentando contra los principios aludidos. Al parecer la razón estriba en que los pliegos de condiciones se elaboran o diseñan a la medida de un proponente, que es lo que se conoce como pliegos de condiciones "sastre", y así quedó registrado en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 cuyo propósito era reforzar la transparencia, y ahora en la Ley 1474 de 2011, denominada ley anticorrupción, que también apunta a ese propósito, por lo que se podría suponer que las prácticas denunciadas se han reducido.

Por otra parte, algunos gremios están investigando e identificando este tipo de prácticas indebidas. Una investigación adelantada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, mencionada en el artículo "¿Qué hay detrás de los enredos en la contratación en Colombia?"[4] escrito para el diario *El País* del 18 de abril de 2015, indica que de 1.122 municipios de Colombia, sólo cinco muestran que sus licitaciones públicas reciben más de diez oferentes. Diana María Espinosa Bula, presidenta del gremio, indica que los pliegos de las licitaciones de gobernaciones y alcaldías son complicados, dirigidos, incluso amañados, de forma que sólo una o dos firmas pueden cumplir las condiciones. Concluye el artículo que de las 1.106 licitaciones abiertas en 2014 por los municipios, en promedio se presentaron tres o menos ofertas.

[4] Cfr. [http://m.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/hay-detras-enredos-contratacion-colombia].

Otro estudio, esta vez del Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de Infraestructura (CCI), sostiene que el 65% de los procesos licitatorios abiertos en los municipios del país durante 2014 terminó favoreciendo una única oferta. Señala que en Bogotá el 58% de la contratación de los alcaldes locales terminó con una sola propuesta. Según el Director de la Cámara, las entidades estatales se han dedicado a confeccionar las condiciones de los contratos a la medida de los intereses particulares. En otro informe del 3 de enero de 2016 se señala que la base de licitaciones de un sólo licitante para los municipios se amplió al 96% y para los departamentos hasta el 76%[5].

En el articulo "Alarmante corrupción en el país: roban mil millones de pesos cada hora"[6] publicado por el noticiero Noticias 1 del Canal 1 se informó acerca de la situación de corrupción en Colombia de acuerdo con el informe de Transparencia por Colombia y en lo siguientes términos:

> Las cifras de la corrupción en nuestro país, según la organización Transparencia por Colombia, que hace parte de la Organización Transparencia Internacional, son alarmantes. Entre enero de 2016 y diciembre de 2018 los corruptos se apoderaron de 18 billones de pesos, lo que representa 16.424 millones al día, es decir 785 millones de pesos por hora.
>
> De acuerdo con el estudio, la corrupción administrativa, especialmente la contratación pública, ocurre en el 73% de los casos. Los corruptos le apuntan a los contratos en educación un 16%, infraestructura y transporte 15% y salud 14%.

---

[5] *Últimas Noticias*. Discurso de clausura del XV Congreso Nacional de la Infraestructura, 23 de noviembre de 2018: "Contrario al imaginario colectivo, las firmas de ingeniería son en su mayoría pequeñas y medianas. De hecho, ellas representan más del 90% de la industria. En las regiones, ellas encuentran las puertas cerradas. Allí mandan la parada los procesos licitatorios amañados y los llamados 'pliegos sastre', hechos a la medida del interés corrupto de quienes financian las campañas políticas. Por ese camino se están robando al país, señor presidente", disponible en [http://www.infraestructura.org.co/2017/index.php?id=70&idnotah=1096], consultada el 3 de enero de 2019.

[6] https://canal1.com.co/noticias/alarmante-corrupcion-en-el-pais-roban-mil-millones-de-pesos-cada-hora/ (Informe del 19 de mayo de 2019. Pagina consultada el 30 de mayo de 2019)

> "Estos son sectores que posiblemente pareciera que no son tan discutidos en el país en el día a día, pero están afectando las condiciones de vida en un amplio sector de nuestra población, los grandes presupuestos públicos que están destinados a estos tres sectores, y por lo tanto están generando no solo un daño económico, sino un daño directamente a personas, comunidades, grupos que necesitamos identificar, visibilizar y buscar mecanismos para reparación del daño que se está generando", expresó Andrés Hernández, director de Transparencia por Colombia.
>
> El estudio de Transparencia por Colombia refleja, además que de los 327 hechos de corrupción identificados, el 69% tiene alcance municipal, el 25% departamental y 6% nacional.
>
> "Hay un patrón común en todos estos hechos de corrupción, que salta a la vista, y es que la contratación pública sigue siendo el gran ámbito en el cual los corruptos ponen sus apuestas y que, además, esas apuestas generan unos réditos importantes, sobre todo, cuando esa contratación logra reciclarse para financiar las campañas de muchos corruptos", añadió Hernández.
>
> El 39% de los corruptos han sido funcionarios públicos, el 30% de ellos electos con voto popular, el 41% de ellos fueron concejales, el 40% alcaldes, gobernadores 10%, diputados 7% y congresistas 2%.

Como vemos, el artículo denuncia que el mayor porcentaje de corrupción se encuentra en la contratación pública, destacando la contratación de obras de infraestructura, destacándose estos casos en un 69% a nivel municipal y un 25% a nivel departamental.

Es por ello que se propone como problema de investigación: ¿cómo conseguir un equilibrio entre la preservación de los intereses legítimos de quienes buscan contratar con el Estado y los fines que pretenden satisfacer el interés general sin que se sacrifique la libertad económica de las licitaciones públicas?

2. Hipótesis

La libre competencia es un derecho constitucional de carácter económico que, en conexidad con el derecho a la igualdad, interviene en la licitación pública para que el Estado adjudique contratos, y sólo admite restricciones legítimas y proporcionales cuando sean medidas tomadas en los pliegos de condiciones por la Administración Pública en sus competencias discrecionales, para proteger y preservar el fin del contrato estatal que es el interés general.

A fin de demostrar la hipótesis, inicialmente abordaremos la investigación desde el punto de vista del tratamiento doctrinal de la licitación pública para concretar las categorías constitucionales que la gobiernan; luego pasaremos a exponer la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, acto administrativo general con el cual se adelanta la licitación pública, a la vez que revisaremos su contenido legal. En este punto se debe aclarar si los pliegos de condiciones se expiden bajo competencias regladas o discrecionales, para pasar a estudiar la fundamentación del interés general como insumo que los integra, en la medida en que se invoca para señalar las reglas que debe cumplir el oferente con el objetivo de otorgarle al Estado garantías de cumplimiento del contrato, y para ello se deben establecer unas restricciones para que los requisitos sean aquellos que permitan seleccionar al contratista idóneo que posea la experiencia para cumplir los fines del Estado. Una vez desarrollados los anteriores puntos, al entender que la licitación pública debe dar cumplimiento a la libertad de competencia (denominándola como concurrencia, pluralidad, etc.), corresponde desarrollar el derecho a la libre competencia económica, su alcance, sus limitaciones, su naturaleza jurídica y las competencias del legislador para regularlo y a su vez limitarlo, y lo más importante, su conexidad con el derecho a la igualdad de oportunidades.

Luego de reconocer que el derecho de igualdad puede ser fracturado por la conducta de las entidades estatales al momento de formular los pliegos de condiciones, es necesario consultar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en materia de contratación estatal se ha ocupado del juicio integrado de igualdad para efectos de determinar si se está ante un problema de igualdad de trato entre los interesados en participar, sobre todo en el entendido de que luego de analizado el trabajo de campo resulta que en la mayoría de las licitaciones públicas consultadas se ha generado una baja participación donde por lo general sólo uno o máximo dos proponentes se presentan a la convocatoria. Creemos que la baja participación depende de los requisitos, a partir de lo cual se colige que si bien las reglas definidas en los pliegos de condiciones se podrían considerar válidas desde el punto de vista del interés general y concluir que el proponente seleccionado le garantiza a la entidad estatal el cumplimiento del contrato, se dejaron por fuera otros oferentes que si bien no poseían las características del identificado en el pliego de condiciones, igualmente podrían hacerle un ofrecimiento al Estado si se demostraba que tenían condiciones técnicas financieras y jurídicas para ofrecerle garantías a la entidad estatal a fin de cumplir con el objeto del

contrato. Por lo tanto es necesario verificar si se está en presencia de un problema de igualdad de trato entre diferentes, cuya diferencia no tiene el suficiente peso para justificar una discriminación de los primeros frente a los segundos.

Validado el problema de igualdad de trato, y teniendo como base que la apertura de una licitación pública genera una tensión entre el interés general y el derecho a la igualdad, a continuación se pasa a explorar la doctrina que expone el principio de proporcionalidad y su aplicabilidad, tratando de utilizar los casos colombianos en cada una de las teorías expuestas. También se analizan las sentencias de la Corte Constitucional que han abordado esta teoría en sus fallos, y con base en dicha información se construirá una teoría que vincule el principio de proporcionalidad a los contratos públicos, para, finalmente, proponer las conclusiones. En un anexo se ilustran las observaciones encontradas en el análisis de 250 licitaciones públicas para la adjudicación de contratos de obra de más de $1.000 millones entre los años 2012 y 2015.

B. La licitación pública. Regla general para seleccionar a los contratistas

1. Introducción

El propósito del presente capítulo es explicar la licitación pública como mecanismo para seleccionar contratistas y cuáles son las categorías y principios superiores que la irradian. Para efectos de lo anterior se requiere abordar el concepto de pliego de condiciones como acto administrativo de carácter general y que contiene, entre otros, las reglas de participación cuya competencia estatal tendrá que definirse entre reglada o discrecional y para ello, como ya se indicó, tendrá que abordarse su naturaleza jurídica, los requisitos que impone la ley y sus modificaciones. Adicionalmente se revisarán las normas de contratación pública contenidas en los tratados de libre comercio para determinar su incidencia en los pliegos de condiciones.

2. Concepto de licitación pública

De conformidad con el artículo 1.º de la Constitución Política, Colombia es un *Estado social de derecho*, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la

dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, y en la *prevalencia del interés general*. Así mismo, el artículo 2.º consagra que los fines esenciales del Estado son: servir a la comunidad; promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Adicionalmente, agrega el artículo 2.º que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia y, en última instancia, para garantizar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y en general para asegurar el cumplimiento de los *deberes sociales del Estado* y de los particulares.

Uno de los principios orientadores del *Estado social de derecho* es la prestación eficaz del servicio público, para lo cual la misma Constitución establece unos presupuestos consagrados en el artículo 209 y referidos a la función administrativa, que le indica a las entidades estatales que están al servicio de los *intereses generales* y que deben desarrollar sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Agrega la norma que para lograr este propósito las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Una primera aproximación al concepto de interés general está plasmado en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 que regula los fines de la contratación estatal, señalando que los servidores públicos tendrán en cuenta que al celebrar contratos y en su ejecución, 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.

Para que las entidades estatales puedan celebrar contratos[7], el poder ejecutivo necesariamente tiene que consultar las normas que los regulan por mandato expreso de la Constitución Política, en donde el artículo 150 le señala al Congreso de la República la obligación de expedir un Estatuto General de la Contratación Estatal. Dicha tarea se cumplió con la expedición de la Ley 80 de 1993, que luego se repitió con las leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011 llamada Ley Anticorrupción, 1508 de 2012 y 1882 de 2018.

La Ley 80 de 1993 indica que el régimen jurídico de los contratos estatales lo constituyen las normas civiles y comerciales, salvo en las materias particularmente reguladas por el Estatuto de Contratación[8], una de las cuales es la selección del contratista mediante la licitación pública[9], que se define[10] como el procedimiento por medio del cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en *igualdad* de condiciones, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable, que se constituye en la regla general para dicha selección de contratistas[11].

Durão[12] define la licitación pública como la elección de la propuesta más ventajosa en beneficio público frente a la posibilidad de una disputa, y que se presenta como un instrumento de seguridad de intereses colectivos y como contribución para un objetivo

---

[7] Numeral 1.º artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que define el contrato estatal y el contrato de obra en los siguientes términos: "Artículo 32. *De los contratos estatales*. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: 1.º. *Contrato de obra*. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

[8] Artículo 13 Ley 80 de 1993.

[9] Las etapas de la licitación pública están reguladas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

[10] Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

[11] Originalmente consagrado en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y actualmente regulado en el numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007

[12] Pedro Durão. *Licitación pública*. *Parámetro y supranacionalidad*, Lisboa, Editorial Juruá, 2016, pp. 21 a 24.

común[13]. Agrega que la Administración Pública está sometida al *interés general* y obligada a licitar para lograr una contienda justa e igualitaria, por cuanto sólo se le permite hacer lo que la ley autoriza ya sea en forma reglada o discrecional. Aclara que los objetos de la licitación son obras, servicios, compras, ventas o locación en todos los ámbitos de la Administración, tanto nacionales como locales, y que tienen que estar bien determinados so pena de nulidad. Adicionalmente[14], considera que la licitación se fundamenta en evitar los peligros del arbitrio con el argumento de resguardar el prestigio administrativo (moralidad) y de obtener beneficios económicos en las adquisiciones públicas (que sean ventajosas y provechosas) sin comprometer el interés público y, sobre todo, la igualdad de los oferentes. Reitera que la licitación[15] debe representar la moralidad en la compra de productos (obras, servicios y bienes) para la Administración Pública, y está concebida para impedir obstáculos y promover la adquisición igualitaria y honesta de las necesidades colectivas.

---

[13] En el mismo sentido el autor define la licitación como un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas, y consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliegos de condiciones), formulen propuestas de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado, y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto del pliego de condiciones. Agrega el autor que a través de la licitación se busca sanear a la Administración evitando "colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requiere el funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados", en razón a que la Administración "… está obligada a adjudicar la licitación al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros"; además de provocar la concurrencia entre los interesados en celebrar el contrato; cfr. Enrique Sayagués Laso. *La licitación pública*, Editorial Julio Cesar Faria, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y 2.

[14] Pedro Durão. Ob. cit., p. 153.

[15] Ibíd., p. 194.

Por su parte, Escobar Gil[16] sostiene que entre los aspectos más relevantes del régimen jurídico de los contratos estatales está la selección del contratista, "que no depende del libre arbitrio de la entidad contratante", sino de la observancia de un procedimiento establecido por la ley encaminado a buscar la voluntad de la Administración Pública. La ley, reitera este autor, obliga a las entidades estatales a realizar la licitación para escoger la propuesta más favorable, "cuya omisión genera la nulidad absoluta del negocio jurídico por violación de las normas imperativas de orden público", luego de la presentación de un número indeterminado de interesados que compiten sin ningún tipo de favoritismo. Adicionalmente, la puja entre licitantes le permite adjudicar con un precio favorable y ajustado a las condiciones del mercado, siempre en el entendido de que se adjudica a aquel proponente que le ofrezca la garantía de cumplimiento del contrato[17].

Por su parte, Durão[18] señala que el principio de *proporcionalidad* está implícitamente inserto en la licitación pública y advierte que para la doctrina existe proporcionalidad cuando, al sopesar los bienes jurídicos en cuestión, se adopta la medida justa y equilibrada, resultado del análisis de la gravedad del hecho y de su repercusión en la sociedad, toda vez que la ley regula las relaciones mutuas entre los ciudadanos y la Administración, y agrega:

> De este modo, a pesar de ser subjetivo, el principio de proporcionalidad es muy importante para los jueces porque posibilita una valoración crítica de la situación concreta. Tal principio es un instrumento excepcional para la protección de valores constitucionales, ya que hace que los funcionarios –sean magistrados o gestores públicos– no sólo actúen con parsimonia y equilibrio, sino también observen los dictámenes de la razón y la justicia.

---

[16] Rodrigo Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis Editores, 1999, pp. 145 a 162.

[17] La posición del Consejo de Estado es que la licitación pública está gobernada por los principios de libre concurrencia, igualdad y estricta sujeción a los pliegos de condiciones: Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2018, expediente 41198.

[18] Durão. Ob. cit., pp. 36 a 41.

Señala que el principio de proporcionalidad impide la aplicación de un exceso de medidas, porque se trata de la ponderación entre medios y fines, así como una limitación a la Administración y la protección de valores colectivos. Al de proporcionalidad lo acompañan los principios de legalidad; de *igualdad* con la prohibición de cláusulas discriminatorias que limiten la libre competencia entre licitantes; de impersonalidad que consiste en no otorgar privilegios, y de competencia que es donde la Administración adopta medidas para evitar la restricción en la participación de licitantes y la comparación de precios.

Concluye[19] que, adicionalmente, se debe tener en cuenta la supranacionalidad por cuanto es posible que los tribunales internacionales puedan juzgar y sentenciar violaciones de derechos del ciudadano cuando se trate de licitaciones arbitrarias, pero siempre que el Estado forme parte del pacto. La violación[20] del derecho estaría centrada en la vulneración de derechos humanos relacionados con la *igualdad* y la participación. Su postura[21] se vincula con la injerencia de organismos que puedan influir en la licitación mediante reglas de supranacionalidad y como límites al ejercicio de la Administración Pública tales como la ONU, FAO, OIT, OMC, UNESCO, OMS, PNUMEA, BIRD y PNUD. Agrega a este listado la OEA que cumple sus finalidades con organismos especiales como el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC), el Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), el Comité Jurídico Interamericano (CII), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y el Banco Interamericano de Desarrollo. De acuerdo con el autor se destacan las organizaciones con fines especializados como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)[22].

---

[19] Ibíd, p. 193.

[20] Ibíd., p. 201y 202.

[21] Ibíd., pp. 205 a 207.

[22] Colombia acaba de ser admitida en dicha organización. "*Con el ingreso a OCDE vienen tareas en educación y otras áreas*. *Las sugerencias más recientes son sobre educación*, *contrabando e integridad*. Hacer tareas y reformas permitió que Colombia fuera aceptada en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y en adelante seguirán otras sugerencias relacionadas; por ejemplo, con educación, integridad o contrabando, que se derivan del seguimiento que viene haciendo esa entidad al país", disponible

La OCDE [23] le señala al Comité de Gobernanza Pública diversas recomendaciones de contratación pública, pues su función consiste en brindar asistencia a los países miembros y no miembros para formar y fortalecer la capacidad de diseñar, implantar y evaluar su capacidad para gobernar de forma que se acreciente la confianza de los ciudadanos en la administración. Recomienda, por ejemplo, fomentar el trato justo y equitativo a los potenciales proveedores, aplicando un adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de contratación pública. Igualmente, propone que cada licitación pública esté diseñada de modo que fomente una amplia participación de los potenciales competidores, incluidos los nuevos participantes y las pequeñas y medianas empresas. Por su parte, la Ley 1950 indica que la misión de la OCDE consiste en promover políticas que fomenten el bienestar económico y social, el aumento de empleos y la calidad de vida de los pueblos del mundo, y agrega que los Estados miembros forman una comunidad de naciones comprometida con los valores que giran en torno a la democracia basada en el Estado de derecho, los derechos humanos y una economía de mercado abierta y transparente.

Por otra parte, y retomando lo dicho por Durão, evidentemente es posible comprobar, como lo hemos registrado en nuestro *Manual de Contratación*[24], que el Estado colombiano, o en su caso las entidades territoriales, ha suscrito contratos de préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y con el Banco Mundial (BM), organismos de cooperación internacional cuyos objetivos generales tienden a apoyar a los países en desarrollo para atender sus prioridades más urgentes. Los objetivos generales de la política del BID en Colombia se centran en las siguientes cinco áreas prioritarias: 1) apoyar el proceso de pacificación; 2) reducir la pobreza y la desigualdad; 3) consolidar la descentralización; 4)

---

en [http://www.eltiempo.com/economia/sectores/ingreso-de-colombia-a-la-ocde-222482], consultada el 29 de junio de 2018). Ley 1950 del 8 de enero de 2019, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo sobre los términos de la Adhesión de la República de Colombia y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos", suscrito en París el 30 de mayo de 2018 y la "Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos", hecha en París el 14 de diciembre de 1960.

[23] [https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf].

[24] Ernesto Matallana Camacho. *Manual de contratación de la Administración Publica*. *Reforma de la Ley 80 de 1993*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1,ª ed. 2005, 2.ª ed. 2009, 3.ª ed. 2013, 4.ª ed. 2016.

modernizar el Estado, y 5) lograr un crecimiento sostenible. En cuanto al Banco Mundial, sus preocupaciones más urgentes en Colombia son la intensidad del conflicto armado y su incidencia en el desplazamiento y la pobreza de la población. En este caso las normas supranacionales están por encima del ordenamiento interno para la celebración de contratos públicos.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), creada en el ámbito de la OEA en 1996, es un punto importante en la intervención de normas supranacionales[25]; se trata de un instrumento orientado a desarrollar los mecanismos aceptados por los Estados partes para combatir, prevenir y erradicar la corrupción en el ejercicio de la función pública, mediante la implementación de medidas de orden jurídico y administrativo interno.

3. Los pliegos de condiciones como instrumento para fijar las reglas de participación en la licitación pública

Para adelantar los procesos de selección por convocatoria pública, como la licitación pública, las entidades están obligadas a expedir actos administrativos generales[26] denominados pliegos de condiciones[27], los cuales deben contener una reglas objetivas, justas, claras y completas[28], en concordancia con el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018, que estableció un grupo de estas reglas como requisitos mínimos habilitantes que "… no otorgarán puntaje", entre los cuales está la *experiencia*, la cual deberá ser "adecuada" y "proporcional" con la naturaleza del contrato y con su valor. En el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del último decreto reglamentario del Estatuto de Contratación de

---

[25] Pedro Durão. *Licitación pública*, cit., p. 211.

[26] Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2007, radicación n.º 15475. Ha sido posición reiterada del Consejo de Estado establecer que los pliegos de condiciones son actos administrativos generales de carácter complejo.

[27] Numeral 2.º artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

[28] Numeral 5.º ibíd.

la Administración Pública, el 1082 de 2015, se estableció que para determinar los requisitos habilitantes los pliegos de condiciones deben cumplir diversos parámetros referidos al riesgo del proceso de contratación y a la determinación del valor del contrato, además de contener un análisis del sector económico, y un conocimiento de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial[29].

[29] La entidad rectora de los contratos públicos a nivel nacional es la Agencia Colombia Compra Eficiente que emite circulares cuyo propósito es presentar recomendaciones de buenas prácticas, y si bien no tiene el carácter vinculante de una norma, sirve de orientación para la interpretación correcta de las normas y los decretos reglamentarios. La Agencia tiene una función fundamental en la celebración de los contratos públicos, y es la publicidad que todas las entidades del orden nacional, departamental y municipal están obligadas a cumplir en sus convocatorias públicas, por cuanto deben hacerlo a través del portal administrado por dicha entidad denominado SECOP y que, de paso, fue el instrumento que utilizamos para obtener la información con la cual elaboramos el trabajo de campo que se presenta como anexo de esta investigación. Entre las recomendaciones están: el "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", disponible en [www.contratos.gov.co] o [www.colombiacompra.gov.co], e indica en primer lugar que los requisitos habilitantes en el proceso de contratación miden la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación como oferente en su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia (num. 1 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007). Agrega que el propósito de dichos requisitos es establecer unas condiciones mínimas que posean los proponentes de tal manera que la entidad estatal "solo evalúe las ofertas de aquellos que estén en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación". Se aclara que los requisitos habilitantes se referirán siempre a las condiciones del oferente y nunca a la oferta. En segundo término, reitera lo señalado en la ley en cuanto a que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y el valor del contrato, y el manual propone que para comprender el alcance de la expresión adecuada y proporcional se busque, "que haya una relación entre el contrato y la experiencia del proponente y su capacidad jurídica, financiera y organizacional"; y agrega: "Es decir, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo forma de pago y el riesgo asociados al Proceso de Contratación". Y en tercer lugar, la entidad estatal debe establecer los requisitos habilitantes luego de haber analizado el sector relativo al objeto del proceso de contratación que incluye el conocimiento cabal de los posibles oferentes desde el punto de vista comercial y del análisis de riesgo. Agrega el Manual que con estos análisis es posible conocer las particularidades correspondientes a cada sector económico, como el tamaño empresarial de los posibles oferentes, su modelo de negocio y si es posible que se presenten proponentes plurales. Y concluye: "Estas particularidades deben tenerse en cuenta para evitar direccionar los requisitos habilitantes hacia un tipo de proponente". Finalmente con el requisito de la

Para Franco[30] hay rasgos que identifican lo público en los contratos estatales pues se reconoce, por ejemplo, una fase pública como es la escogencia del contratista, la modalidad de contratación, la expedición de actos administrativos y una fase privada que es la celebración, ejecución y liquidación, sin desconocer en este punto la infiltración de lo público en razón del interés general involucrado en los contratos, tales como la vigilancia y control y la imposición de sanciones, puesto que dentro de la actividad contractual de la administración pública se encuentra la manifestación de la función administrativa (art. 209 C.P.).

La posición jurídica del Consejo de Estado[31] respecto de la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones empieza por señalar que constituyen los documentos que contienen tanto las

---

experiencia recomienda que se requiera un 50% del valor del presupuesto (en este caso diferimos del hecho de que la experiencia se reduzca tanto ,y sobre todo que no se indique por qué se recomienda este monto en experiencia, pues debe surgir de un estudio técnico que indique que un parámetro de experiencia equivalente al 50% del presupuesto no pone en riesgo el cumplimento del contrato, por eso en este trabajo de investigación nuestro parámetro fue la experiencia en valor de facturación, una vez establecido el presupuesto oficial; por otra parte, vale la pena recordar que el capítulo de contratación pública de la Comunidad Europea propone dos veces el presupuesto en criterio de experiencia en facturación, que puede ser tomado como un referente). A renglón seguido se expone que la experiencia no se agota con el paso del tiempo (este criterio lo compartimos perfectamente por cuanto en uno de nuestro análisis del trabajo de campo llegamos a la conclusión de que la experiencia en obra reciente atentaba contra el derecho de competir, y por ello nuestra regla propone que la experiencia se acredite en los últimos diez años). El análisis del sector Colombia Compra Eficiente recomienda revisar aspectos relacionados con los acuerdos comerciales, y eso lo compartimos, por ello habrá un análisis que impacta el contenido de los pliegos de condiciones con esta materia de estudio.

[30] Diego Franco Victoria. *La Interpretación de los contratos civiles y estatales.* Universidad Externado de Colombia. 2019, pág. 236 y 237

[31] Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 2007, radicación n.º 15475. Esta sentencia, además de reafirmar la naturaleza jurídica del pliego de condiciones como acto administrativo de carácter general, sustenta que los pliegos de condiciones surgen de la ley en competencias discrecionales pero, una vez publicados, los pliegos de condiciones definitivos tienen el carácter de vinculante para la entidad estatal al momento de evaluar las ofertas y para los particulares en su elaboración. Ello supone que los pliegos de condiciones deben tener la suficiente claridad para garantizar ofertas que compitan en igualdad de condiciones, pues de lo contrario, ante

condiciones para que los proponentes formulen ofertas como aquellas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Para reiterar la jurisprudencia de la Corporación, el pliego de condiciones determina las condiciones claras, expresas y concretas[32] de las especificaciones técnicas, jurídicas y económicas a las que se someterá el futuro contrato. Aclara igualmente, amparado en otras sentencias, que el pliego de condiciones es un acto administrativo reglado de carácter general y de trámite, y que tiene luego la capacidad de convertirse en una cláusula contractual, porque muchas de las condiciones del pliego se integran al negocio jurídico como verdaderas cláusulas, mientras que otras desaparecen en la medida en que avanza el proceso de selección.

González[33] sostiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado el concepto y la naturaleza general del pliego de condiciones, pues no existe una definición legal, de tal manera que corresponde a un acto administrativo de carácter general[34], en donde la

---

reglas vagas e imprecisas se intepretarán en contra de la Administración por ser la que lo elaboró; cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 1.º de marzo de 2018, expediente 38711.

[32] La doctrina extranjera señala que los pliegos de condiciones deben contener reglas claras y objetivas para los oferentes, lo que proporciona justicia y ecuanimidad al certamen, y los define como un conjunto de disposiciones reglamentarias destinadas a dar un formato al futuro contrato administrativo a ser concretado con el vencedor de la diputa, en el cual los criterios deben ser objetivos claros y específicos "sin impedimentos o arbitrariedades que puedan perjudicar a eventuales concursantes, y "esa base de condiciones permite que los interesados participen en forma igualitaria y competitiva, lo cual significa que habrá verdadera competencia, que la disputa será emprendida por medios lícitos y que el vencedor presentará su producto o servicio de manera que el administrador tenga la convicción de que podrá confiar en el oferente que contratará, dadas la transparencia y detalle de las especificidades del objeto contratado". PEDRO DURÃO. *Licitación pública*, cit., pp. 41 a 44.

[33] Edgar González López. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*. *La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie 10, Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 43 a 45.

[34] Ibíd., p. 43. Para sostener esta tesis en González se apoya los Autos del Consejo de Estado del 10 de octubre de 1991, C. P.: Juan de Dios Montes y 6 de noviembre de 1997, C. P.: Carlos Betancur Jaramillo; cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de septiembre de 2007, expediente 13416, C. P.: Enrique Gil Botero. En cuanto a la doctrina el autor cita a Miguel Ángel Bercaitz. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, p. 330.

Administración Pública, en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad del servicio público que se pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo de los principios de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la administración seleccionar en aplicación del principio de selección objetiva, la oferta más favorable, aplicando para ello, según González, los criterios de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales.

Para el autor, el que se indique como característica que es una manifestación unilateral, está significando que para especificar el suministro, la obra o el servicio, la entidad estatal fija las condiciones que se han de seguir en la preparación y ejecución del contrato, así como los derechos y obligaciones de los oferentes y el futuro contratista, afirmación respecto de la unilateralidad que nace de la jurisprudencia del Consejo de Estado[35].

Se advierte que los pliegos de condiciones contienen dos clases de regulaciones: por una parte, el contenido del futuro contrato respecto de su objeto, las especificaciones técnicas, la forma de pago, el plazo de ejecución, si hay lugar a reconocer la revisión de precios y, en general, los derechos y obligaciones de las partes; y por otra, las condiciones del proceso, desde los requisitos que deben cumplir los proponentes hasta las etapas de publicidad, aclaraciones, expedición de modificaciones por adendas al pliego, presentación de propuestas, evaluación, subsanación de propuestas, y la eventual adjudicación del proceso, para proceder al perfeccionamiento del negocio jurídico. Y agrega[36] que, revisando la posición jurídica del Consejo de Estado, se trata de un acto administrativo de naturaleza

---

[35] Edgar González López. Ob. cit., p. 44. Consejo de Estado. Sentencia del 1.º de agosto de 1991, expediente 6802, C. P.: Juan de Dios Montes: "El pliego es un acto unilateral proferido por la entidad, con efectos jurídicos en el proceso de selección y en la celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido como la manifestación unilateral de la administración de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas".

[36] Ibíd., p. 46.

mixta, pues no es propiamente un reglamento al no tener vocación de permanencia, ya que las reglas de selección desaparecen con la adjudicación del contrato, pero destaca que este acto administrativo luego muta al futuro contrato estatal. Considera González[37] que, como manifestación unilateral, se califica como un acto precontractual, y por lo tanto susceptible de acciones jurisdiccionales con términos de caducidad limitados para el ejercicio del derecho particular. Ello permite afirmar que sus cláusulas normativas, que fijaron desde el inicio el derrotero del futuro contrato, prevalecen sobre este, sin perder su naturaleza normativa ni hacer parte de su clausulado, pues de otra manera se estarían violando las normas que obligan al proceso de selección y al acatamiento de sus preceptos y principios[38]. Agrega que la "… jerarquía de la norma del pliego, por regla general de carácter intangible, no puede equipararse a la de la cláusula contractual, por esencia modificable en las circunstancias de ley o cuando lo acuerden las partes (*ius cogens*)[39].

---

[37] Ibíd., pp. 48 a 50.

[38] Ibíd., p. 49. Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 18059, C. P.: Alier Eduardo Hernández. González señala que en esta sentencia la posición es la naturaleza mixta del pliego de condiciones y la posibilidad de interponer la acción de simple nulidad para cuestionar los pliegos de condiciones.

[39] Para la doctrina extranjera los pliegos de condiciones son un conjunto de cláusulas redactado por la Administración, especificando el suministro, la obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación, el cual es preparado unilateralmente por la Administración. En los pliegos de condiciones se establecen las condiciones del contrato y el trámite para la adjudicación, describiendo el suministro, obra o servicio que se licita y las condiciones del contrato. El pliego de condiciones debe ser general, impersonal e igual para todos los licitantes, y no puede establecerse ninguna preferencia porque sería otorgar una evidente ventaja frente a los demás. De todas manera se aclara que el principio de igualdad no es absoluto cuando se puede limitar a ciertos proponentes con motivos que justifiquen la exclusión y anunciado con debida antelación; cfr. Enrique Sayagués Laso. *La licitación pública*, pp. 99 a 116. Igualmente, para el autor los pliegos de condiciones es un acto administrativo unilateral elaborado con cierto grado de autonomía donde se incluyen las condiciones tanto jurídicas, como técnicas o administrativas de la licitación que deben cumplir los oferentes. Puntualiza que la competencia es la estimulación de la disputa equilibrada, en donde el principio de igualdad permite a los participantes que tengan reglas ecuánimes y transparentes; es decir, una competición de todos contra todos para alcanzar el mejor resultado; así que el pliego de condiciones debe ser "justo", con reglas preestablecidas y equilibradas, en donde

Los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general y, como expresión unilateral de la administración, producen básicamente dos efectos jurídicos: reglamentan sin vocación de permanencia las reglas de participación de los interesados en presentar un ofrecimiento, competencia que culmina con la adjudicación del contrato, y, adicionalmente, configuran las condiciones con las que se vincularán las partes en el futuro negocio jurídico que se celebre, en cuanto al objeto del contrato, a su alcance, a las especificaciones técnicas, al plazo de ejecución, al valor, a la forma de pago, a las obligaciones entre las partes, etc., de lo cual se deriva que estos pliegos de condiciones prevalecen sobre el futuro negocio jurídico a perfeccionarse.

a. La elaboración de pliegos de condiciones supone el desarrollo de una competencia discrecional

Surge como interrogante si, como actos administrativo que son, los pliegos de condiciones se expiden bajo competencias regladas o discrecionales[40]. Cuando se lee el numeral 5 del

---

la disputa no debe tener favoritismos que puedan significar algún tipo de preferencia. Serán malas prácticas, por ejemplo, exigir características innecesarias, de forma que la licitación esté direccionada, o imponer requisitos específicos para privilegiar a algún proveedor. En conclusión, se trata de evitar la discriminación pues lo contrario es crear criterios para favorecer a algunas propuestas en detrimento de otras, o elaborar pliegos de condiciones desiguales para beneficiar a alguien. Entonces, lo que se exige es que la evaluación de las propuestas sea un objetivo para evitar la discrecionalidad y la subjetividad. Pedro Durão. *Licitación pública*, cit., pp. 41 a 44, y 158 a 168.

[40] En la Sentencia del 1.º de marzo 1.º de 2018, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, expediente 38711, el Consejo de Estado resolvió una demanda por acción de controversias contractuales en la que se niegan las pretensiones en primera instancia, cuyos hechos se relacionan con una Fundación que presenta oferta para la prestación del servicio de educación para un municipio y su oferta fue rechazada por no cumplir con el capital de trabajo, y la demanda se presenta por nulidad del contrato de una licitación que se surtió en el año 2003. Entre los requisitos exigidos se estableció que dentro del factor de evaluación financiero, en los pliegos de condiciones desarrollaban el denominado "capital de trabajo", que debía garantizar por lo menos el valor equivalente al 15% del valor promedio mensual de la propuesta, pero si el capital de trabajo era menor al valor promedio mensual, sería rechazada. Allí el Tribunal consideró que los pliegos de condiciones se desarrollan en competencias discrecionales, y determinó y trajo a colación jurisprudencia anterior en la que se considera que en aquellos casos en que existen cláusulas obscuras y contradictorias, se deben resolver en contra de la Administración.

artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018[41], encontramos que al momento de elaborar los pliegos de condiciones (salvo para la experiencia del proponente que puede ser el sector público y privado) las entidades estatales tienen un amplio margen de configuración, pues el legislador sólo plantea unas pautas generales que deben ser definidas por la Administración Pública; por lo tanto, esta actuación administrativa podría encuadrar en el contenido del artículo 44[42] de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues podría tratarse de una actuación discrecional de la Administración.

En otras palabras, debemos resolver si en el trámite licitatorio las normas impuestas por el legislador son regladas o, por el contrario, dejan márgenes de discrecionalidad, y para ello debemos consultar qué se entiende por competencia discrecional. Para Santofimio[43] la discrecionalidad administrativa se caracteriza por el margen de mayor o menor amplitud para la realización de objetivos trazados por el legislador; ello incluirá el análisis de la oportunidad para decidir o, de acuerdo con la norma, la opción de elegir entre varias formas de decisión. Y en esos términos la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de tal manera que el funcionario ejecutor está sometido a los extremos determinados por el bloque de legalidad y en la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la Administración Pública. Por lo tanto, una de las características del derecho

---

[41] El artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018 creó un parágrafo para el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007 en el que remite al Gobierno Nacional la adopción de documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría de obras públicas, interventoría para la consultoría de estudios y diseños para las obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, obligatoria para todas las entidades sometidas al Estatuto de Contratación. Esta norma reducirá la discrecionalidad en la elaboración de pliegos de condiciones para las categorías reguladas.

[42] "Artículo 44. *Decisiones discrecionales*. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

[43] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho administrativo*, t. II. *Acto Administrativo*, 4.ª ed., 2003, p. 47,

administrativo es el sometimiento de la arbitrariedad ya que toda competencia discrecional ha tenido que ser atribuida previamente por el ordenamiento, y en caso de presentarse desbordamiento de la legalidad en ejercicio de una competencia discrecional, el juez contencioso tendría plenas competencias para juzgar este tipo de situaciones, ya que el control judicial de dicha discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados definidos por el legislador en la potestad que ha sido concedida. Se agrega[44] que el acto, además de ser motivado, no se puede confundir con el deseo personal y subjetivo del agente público, y los argumentos de la decisión no pueden contradecir los hechos reales que llevan a su adopción, así que no sólo el control judicial deberá ser de legalidad sino también control del derecho, es decir, un control de juridicidad[45].

Para el caso colombiano Santofimio Gamboa nos advierte que la facultad discrecional no es absoluta o pura, pues de serlo se quebrantaría el principio rector de la legalidad y por ello están sometidos al control judicial; en principio ningún acto de la administración queda libre del control judicial, por cuanto discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad[46].

---

[44] Ibíd., p. 48.

[45] Santofimio sostiene que para Hans Kelsen la llamada potestad discrecional no podía ser otra cosa que un grado inferior en el desarrollo descendiente de la normatividad, es así como las normas inferiores llenan los vacíos existentes en el ordenamiento dentro del marco señalado por la norma superior; cfr. Hans kelsen. *Teoría general del derecho*, México, Editorial Nacional, 1978, pp. 317 a 319, citado por Santofimio Gamboa. Ob. cit., p. 49. Efectivamente Kelsen señala: "Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto". Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, *Estudios Doctrinales G 20*. Roberto J. Vernengo (trad.), 1982, p. 350.

[46] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho administrativo*, cit., p. 51.

Para este autor el concepto de discrecionalidad tienen plena claridad legislativa, y para ello se refiere al artículo 36 del Código Contencioso Administrativo[47] (modificado hoy por el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011), en donde la administración debe expresar los motivos que la llevan a proporcionar una decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica. En otras palabras, la administración debe expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento permite. Esta relación entre lo decidido y lo permitido, que debe quedar expresada con la realidad de los hechos en el acto administrativo, constituye el elemento necesario para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones.

En esos términos se define la potestad reglada cuando se está frente a la aplicación estricta de una atribución legal, a la existencia de una norma de competencia clara y específica, en donde el servidor público debe actuar en la forma enunciada en las disposiciones sin lugar a la posibilidad de romper los marcos preceptuados por la norma para su ejecución; por lo tanto, el ejercicio de las potestades regladas implica un proceso de adecuación entre los supuestos de hecho descritos en la norma y los analizados en el mundo de la realidad. Lo anterior no impide que el ejercicio de las competencias regladas implique de todas maneras algún grado de subjetividad, que sería la iniciativa de que goza la administración para hacer el estudio y el análisis de la realidad fáctica; por lo tanto, la potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de derecho, por el contrario la competencia administrativa discrecional constituye la excepción. La diferencia de las potestades regladas en las llamadas potestades discrecionales la administración consiste en que en estas últimas interviene un proceso de valoración subjetivo con el fin de adecuar el mundo de la realidad a las consideraciones amplias y genéricas de la norma, y esta

[47] El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 regula nuevamente la competencia discrecional con la misma redacción: "Artículo 44. *Decisiones discrecionales*. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

circunstancia habilita al respectivo órgano o funcionario para que aporte el ingrediente de la iniciativa en la búsqueda de los fines públicos estatales.

Con respecto a la discrecionalidad administrativa, Desdentado[48] considera que cuando la ley atribuye a la administración una potestad puede hacerlo de dos formas: fijar de manera agotadora todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, o bien, determinar dichas condiciones sólo de manera parcial remitiendo la fijación de las restantes a la apreciación subjetiva de la administración; en el primer caso se trata de una competencia reglada, y en el segundo se está en presencia de una potestad discrecional, por cuanto ya no se trata de una mera aplicación de la ley, pues la misma ha remitido la integración de la norma a una estimación subjetiva de la Administración. Entonces, la competencia discrecional surge como consecuencia de la no regulación de las condiciones del ejercicio de la potestad y de la remisión a la apreciación de la propia Administración, y en esos casos aflora otra característica esencial de la discrecionalidad, cual es, el ámbito de indiferencia, en el cual la Administración puede elegir entre varias soluciones.

En la misma línea, Hugo Marín[49] señala que el concepto de discrecionalidad es la clave del límite real del control judicial, y que tradicionalmente se han separado las potestades o los actos administrativos discrecionales de los actos reglados, señalando que estos últimos suponen la limitación de la administración ante la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica; contenido y consecuencia definidos en la norma y que no dejan espacio a la más mínima valoración subjetiva, en tanto cuando se está en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se enfrenta a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta de que aplica alguno de los

---

[48] Eva Desdentado Daroca. *La discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*. *Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª ed., Editorial Aranzadi, 1999, pp. 54 a 84.

[49] Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 141 a 281.

elementos integrantes de la norma jurídica, por cuanto no ha sido agotadora y plenamente complementada por el legislador.

Luego, lo que caracterizaría la discrecionalidad administrativa sería la facultad de la Administración de elegir entre diversas opciones en un marco de indiferencia. Algunos autores consideran que el concepto de discrecionalidad administrativa se refiere al carácter de determinados actos o actividades de la administración que no son susceptibles de control judicial, o que simplemente los tribunales no controlan, o que la discrecionalidad existe únicamente si el juez no controla la apreciación de los hechos. Sin embargo, en criterio de la doctrinante, esta posición es inadmisible porque la ausencia de control judicial de determinados actos o actividades no se puede deber a su carácter discrecional[50].

---

[50] Señala Desdentado que algunos autores consideran que el concepto de la discrecionalidad como libertad, es una zona independiente de la Administración cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley, ni puede ser controlada plenamente por un Tribunal, y argumentan que la discrecionalidad confiere a la Administración una esfera propia, y esa independencia supone autonomía y, por ende, ausencia de interferencia de los otros poderes del Estado, tanto del poder judicial como incluso del poder legislativo, o en otras palabras, que la discrecionalidad administrativa se corresponde en un sentido técnico-jurídico con la libertad. En cuanto a la libertad tiene dos aspectos: uno positivo que consiste en la delimitación por la norma de un ámbito funcional o conjunto de actividades inherentes a la personalidad de un sujeto entre las cuales este puede actuar "sin restricción alguna"; y otro negativo, en cuanto que a los demás sujetos les está prohibido inmiscuirse o perturbar "… la actuación del sujeto dentro de aquel ámbito". Esta concepción de discrecionalidad como libertad permite varias críticas; de acuerdo con DESDENTADO, se habla de potestad discrecional que debe ser distinguida del concepto de libertad. Mientras que un sujeto ostenta una potestad está habilitado por una norma para producir unos efectos jurídicos que otros sujetos están obligados a soportar. En cambio el sujeto que se encuentra en situación de libertad, es aquel que ostenta el poder de actuar sin obstáculos ni perturbaciones externas, es decir, sin restricciones ni controles de ningún tipo. El concepto de libertad se predica de los particulares, mas no de la Administración Pública, es decir, mientras que los particulares pueden autorregular sus propios intereses en el ámbito de la libertad reconocido por el ordenamiento jurídico, los entes públicos tan sólo pueden regular los intereses ajenos, de la sociedad, "… dentro del ámbito otorgado por la ley y a través de una actividad discrecional". La diferencia de los particulares con la administración es que esta "… no puede actuar por sí misma dentro de un ámbito delimitado negativamente por la ley, sino que la única actividad reglada o discrecional que puede realizar es aquella para la que la ley le habilita atribuyéndole la potestad. Como

Dentro de la división de poderes se encuentra la clasificación que puede surgir de la discrecionalidad[51], es decir, aquella que posee el Congreso de la República, y que, derivada de su carácter representativo, se ha calificado como una discrecionalidad fuerte o discrecionalidad política; en contraste encontramos la discrecionalidad de los tribunales, que normalmente es escasa, y se califica como una discrecionalidad jurídica, o discrecionalidad débil, que aparece en la concreción y aplicación del ordenamiento jurídico en el caso concreto.

Para Desdentado la discrecionalidad administrativa está en una posición intermedia entre la discrecionalidad jurídica y la discrecionalidad política, y por ello, "según la ocasión estará más cerca de una o de la otra". Agrega que en la discrecionalidad administrativa existe una mezcla de juicio y voluntad en una proporción variable dependiendo, en cada caso, del carácter de la actividad en la que opere la Administración y de la mayor o menor intensidad de las constricciones que la rodeen, pero en todo caso lo característico de la discrecionalidad administrativa es la presencia de un momento intrínsecamente político en la fase de la elección de la alternativa, aunque ese momento se produzca dentro del marco delimitado por el legislador, o incluso de una política de adecuación ya establecida en la regulación. De acuerdo con lo anterior trae a colación a Atienza quien sostiene que frente a la

---

posición jurídica de la doctrinante, la discrecionalidad no es un supuesto de libertad frente a la norma, sino que, por el contrario, es un caso de remisión legal; por lo tanto, la discrecionalidad no implica actuar con absoluta libertad dentro de una esfera ausente de controles o restricciones externos, sino que es una potestad que ha sido atribuida a un sujeto para que satisfaga un interés que no le es propio, y no configura libremente, sino que le viene encomendado por el ordenamiento jurídico. De acuerdo con lo expuesto, las potestades discrecionales se le confieren a la Administración para que esta sirva con objetividad los *intereses generales*; en otras palabras, toda potestad administrativa sirve a un determinado *interés general*. Caso contrario sería respecto de las facultades de los particulares que no tienen la obligación de perseguir con su conducta un fin determinado, ni su actuar está vinculado a un determinado interés; su límite es externo y no alcanza al interior de su voluntad. En cambio, al actuar dentro de los ámbitos reconocidos por la ley, la Administración actúa para la satisfacción de un fin y por un determinado interés, un interés que le viene dado por el ordenamiento jurídico. EVA Desdentado Daroca. Ob. cit., p. 59

[51] Eva Desdentado Daroca. Ob. cit., pp. 71 a 81.

discrecionalidad débil de los tribunales y la discrecionalidad fuerte del legislativo, la discrecionalidad administrativa sería una discrecionalidad fuerte en la que los medios y los fines entre los que la Administración puede elegir están más determinados que en el caso del legislador, es decir que implica la posibilidad de optar entre diversos medios para alcanzar ese fin y también la posibilidad de contribuir a concretar ese fin.

Posteriormente nos aclara que la discrecionalidad administrativa tiene una característica relacionada con el ámbito de aplicación de la Administración referido a la aplicación de la ley, función que también le corresponde al aparato judicial. Dice que a ello se refería Kelsen[52] al hablar de "administración indirecta" por que tanto en la actividad jurisdiccional como en la administrativa existe la aplicación de la ley a un supuesto de hecho, y en el ejercicio de esta función la Administración opera discrecionalmente, pero no con la discrecionalidad que hemos caracterizado propiamente administrativa, sino con una discrecionalidad "jurídica" o "débil" equivalente a la que hemos caracterizado como propiamente judicial.

En conclusión, aunque para Desdentado[53] la distinción entre administración y jurisdicción es difícil, una diferencia importante radica en la posición del sujeto que ejerce la actividad en aplicación del ordenamiento en uno u otro caso. Además, señala que mientras los tribunales realizan la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos insatisfechos mediante la consiguiente actuación de la norma al caso concreto desde una posición "suprapartes" y de imparcialidad, la Administración aplica el ordenamiento jurídico para la defensa de interés público desde una posición de parte interesada en las relaciones jurídicas en las que se desarrolla su actividad. Apoyándose en la doctrina española[54] indica que la jurisdicción es una actividad encaminada a hacer valer en los casos particulares el ordenamiento jurídico desde una posición de desinterés objetivo; mientras que la Administración es una actividad

---

[52] H. Kelsen. *Teoría general del derecho*, cit., pp. 152 y 153.

[53] Eva Desdentado Daroca. Ob. cit., p. 80 y 81.

[54] F. Garrido Falla. *Tratado de derecho administrativo*, t. i, Madrid, Tecnos, 1994, p. 35, citado por Eva Desdentado Daroca. *La discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. *Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª ed., Editorial Aranzadi, 1999.

tendente a la consecución de los intereses públicos específicos que le son propios de acuerdo con el derecho. Eso quiere decir que la superposición de funciones no se produce de forma plena, pues a pesar de la aparente semejanza, hay un elemento distintivo y es la posición de interés o de desinterés objetivo del sujeto a la hora de realizar la actividad. Así como a la función de los tribunales le corresponde la discrecionalidad jurídica, la de la Administración presenta dos caracteres: en primer lugar se trata de una discrecionalidad que no le ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico, sino que es únicamente consecuencia de la dificultad de la tarea interpretativa, y en segundo lugar, esa discrecionalidad tiene un carácter revisable porque la concreción e interpretación de los textos legales que la Administración haya llevado a cabo para poder ejercer sus potestades podrá ser objeto de control y modificación por los tribunales a los que, en el sistema, se atribuye en último término la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la discrecionalidad que aparece en desarrollo de la función de "administración directa", pues, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es una función que corresponde ejercer única y exclusivamente a la Administración y en la que, por tanto, no es posible sustituir la decisión discrecional adoptada por la Administración en esta esfera por una decisión discrecional propia, pues se estaría usurpando el ámbito que legítimamente corresponde a otro poder.

En esos términos, para Desdentado[55] es importante tener presente la distinción entre aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico pretende realmente atribuir a un sujeto discrecionalidad con la finalidad de que sea titular de un poder de decisión consistente en la elección de diferentes alternativas válidas, y aquellos otros supuestos en los que la posibilidad de elegir o decidir dentro de un margen de maniobra surge como consecuencia de indeterminación, vaguedades u otro tipo de imperfecciones de la regulación jurídica, y en este caso se hablara para el primer supuesto de discrecionalidad fuerte, en tanto que para el segundo (la vaguedad e indeterminación) de discrecionalidad instrumental. Los tribunales cuentan con un margen de maniobra para la búsqueda de la solución más adecuada al caso difícil, es decir, con una discrecionalidad instrumental, pero no con una discrecionalidad

[55] Eva Desdentado Daroca. Ob. cit., p. 81.

fuerte. Por lo tanto, los jueces están obligados a solucionar los casos particulares mediante la construcción de argumentos jurídicos y están siempre subordinados a los elementos integrantes del ordenamiento jurídico, de forma que no se puede afirmar que cuenten en su ejercicio con una "discrecionalidad fuerte", por cuanto el ordenamiento jurídico no les reconoce un poder de decisión; y lo mismo se diría de la "discrecionalidad jurídica" de la Administración para comprender el sentido de los textos legales que regulan sus potestades: la Administración actuará con una *discrecionalidad instrumental* pero no con una discrecionalidad fuerte.

Advierte, entonces[56], que tanto en el caso de la discrecionalidad política propia del legislador, como de la discrecionalidad administrativa existe una atribución intencional por el ordenamiento jurídico de un poder de decisión, y es que no se trata de una *discrecionalidad instrumental*, sino de una en la que el órgano realiza elecciones para la satisfacción del interés público en un ámbito de poder de decisión reconocido y atribuido por el ordenamiento jurídico. Por eso sostiene[57] que el objeto de interés será la discrecionalidad administrativa según la cual se configura como un poder de decisión atribuido por el ordenamiento jurídico a la Administración y que se traduce en un poder de elección entre diferentes alternativas en el marco del ordenamiento jurídico, y se trata por supuesto, de una competencia exclusiva. En esos términos, esa competencia no puede ser ejercida por otro órgano, pues ello generaría una vulneración de la intención del legislador; en conclusión, se trata de que hay un núcleo de decisión discrecional que compete con carácter final a la Administración. Entonces, la discrecionalidad instrumental no es la que se propone demostrar Desdentado sino la discrecionalidad administrativa que se configura como un poder de decisión atribuido por el ordenamiento jurídico a la Administración y que se traduce en un poder de elección entre las diferentes alternativas dentro del marco del ordenamiento jurídico, de tal forma que la Administración viene legitimada para adoptar y desarrollar una determinada política de actuación. Entonces la discrecionalidad administrativa implica la decisión del legislador de atribuir a la Administración un ámbito de competencia exclusiva, propia, y esa competencia

[56] Ibíd., p. 82.

[57] Ibíd., p. 83.

no podrá ser ejercida por otro órgano, pues ello supondría una vulneración de la intención del legislador.

Para la autora[58] la única fuente de la discrecionalidad administrativa es el Derecho; es en el conjunto del ordenamiento jurídico donde se debe examinar si se ha atribuido o no la discrecionalidad fuerte a la Administración, y si se ha atribuido, determinar cuáles son sus límites.

Al revisar el concepto de discrecionalidad en relación con el objeto de la presente investigación tenemos que los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general que tienen como propósito definir las reglas de participación que deben cumplir los interesados en presentar una oferta en una licitación pública, y cuyo contenido ha sido regulado por el legislador en el numeral 5.º del artículo 24 de la Ley 80 señalando que deben contender reglas objetivas, justas, claras y completas; y en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018, que define los requisitos mínimos habilitantes tales como la experiencia, la capacidad financiera, la capacidad legal y la organización, los cuales deben ser "adecuados" y "proporcionales" con la naturaleza del contrato y con su valor; lo cual pone en evidencia que no hay un remisión reglada sino que, por el contrario, se trata de otorgar una competencia bastante amplia a la Administración Pública para regular la participación de los proponentes, con lo cual se enmarca dentro de la definición de discrecionalidad administrativa, por cuanto el legislador no reguló en su integridad la materia que deben contener los pliegos de condiciones sino que, por el contrario, la reguló de manera muy general al señalar que se deben cumplir las finalidades públicas en la celebración de contratos estatales, lo cual quiere decir que la Administración tiene un ámbito de poder de decisión fuerte porque es atribuido por la propia ley.

A la misma conclusión llega Marín[59] quien, respecto de la naturaleza discrecional que identifica la facultad de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia, sostiene

---

[58] Ibíd., p. 84.

[59] Hugo Alberto Marín Hernández. "Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 1, Bogotá, Universidad

que la ha de gobernar un procedimiento administrativo de escogencia de contratistas, circunstancia que le impone al responsable de adoptar estas decisiones la exigencia de hacerlo con sujeción a los dictados derivados del contenido del principio de proporcionalidad. Al respecto se referencia la sentencia del Consejo de Estado del 30 de noviembre de 2006, expediente 8431, en donde se establece el procedimiento que la Administración debe tener en cuenta para configurar los pliegos de condiciones: 1) Considerar las normas legales y reglamentarias, y revisar su contenido para saber si son deliberadamente incompletas, inacabadas e indeterminadas; 2) Ejercer dicha facultad mediante el cumplimiento de criterios objetivos, razonables y proporcionales, de forma completa, precisa y detallada. Estos criterios deben surgir de la aplicación del principio de proporcionalidad, y 3) Subsumir en las normas legales, complementadas con sus supuestos de hecho, los criterios objetivos, razonables y proporcionales introducidos en los pliegos de condiciones por la entidad estatal en cada caso en concreto, a fin de adoptar la decisión más conveniente al interés general.

Lo anterior tiene su excepción con la última reforma del régimen de contratación de la Administración Pública en la cual se estableció que las entidades estatales deben permitir la experiencia con los sectores público y privado (art. 5.º Ley 1882 de 2018), exigencia que hoy impone el legislador, derivada de la regulación de los pliegos de condiciones donde sólo se permitía la experiencia con el sector público, desconociendo que los empresarios también pueden adquirir experiencia entre privados, y la justificación que otorgaba el Estado frente a esta restricción de la competencia era básicamente la desconfianza de que la información suministrada por el empresario privado fuera falsa[60].

Externado de Colombia, 2008, pp. 13 y 14, citado por Íd. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Colección Serie Derecho Administrativo 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 45 a 47.

[60] Se pueden encontrar pliegos de condiciones en los cuales se prohibía expresamente la acreditación de experiencia mediante subcontratos en concesiones para la explotación de infraestructura de transporte, donde aquel particular que le había construido la carretera a un concesionario no podía acreditar experiencia en construcción de vías si la exigencia era solo experiencia en sector público, por cuanto su experiencia era con el sector privado, al construir la infraestructura a un concesionario.

Por otra parte, también hay que considerar que Colombia ha suscrito distintos tratados de libre comercio (los cuales se tratan en el siguiente capítulo) que regularon de manera general las cláusulas generales sobre contratación pública que deben ser tenidas en cuenta al momento de elaborar los pliegos de condiciones así:

1) Están prohibidas las disposiciones cuyo propósito sea crear un obstáculo que se califique como innecesario, es decir, que su regulación no contenga ninguna justificación;

2) Sólo se deben incluir aquellas condiciones que sean esenciales para garantizar que el proponente posee la capacidad legal, comercial, técnica y financiera que le permita cumplir con las especificaciones del objeto del contrato;

3) No se puede imponer como condición de participación de una contratación pública que a un proveedor se le hayan adjudicado uno o más contratos de la entidad contratante o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en el territorio de parte;

4) Los requisitos exigidos para presentar la oferta se deben limitar a acreditar experiencia en actividades globales de negocio, y

5) Los pliegos de condiciones deben contener reglas que permitan la máxima competencia posible donde se garanticen los principios de transparencia y no discriminación.

Al revisar el contenido de las anteriores cláusulas vemos que son normas abiertas que requieren ser concretadas por la Administración Pública en una clara competencia discrecional administrativa, donde hay una amplia configuración que le permite al Estado determinar varias soluciones para cumplir con el contenido normativo de "obstáculos innecesarios", o "cláusulas mínimas esenciales", o "experiencia sector público y privado", o la exigencia de sólo "actividades globales de negocio", y siempre y cuando el contrato estatal esté cubierto por el respectivo tratado.

Desde el punto de vista de la discrecionalidad administrativa la administración cumpliría con el principio de legalidad si las reglas definidas por la Administración Pública o las cláusulas de los tratados de libre comercio que deben cumplir los proponentes no son arbitrarias y están justificadas, de tal manera que toda regulación que propicie el cumplimiento del interés

general y lo proteja es válida, y sobre todo cualquier exigencia a los proponentes con suficiente motivación cumple con los fines que persiguen la elaboración de pliegos de condiciones. Por ejemplo, para un contrato de obra cuyo presupuesto es de $1.000 millones, sería válido, desde el punto de vista de la discrecionalidad administrativa, tanto exigir una vez el presupuesto equivalente en facturación en experiencia en obra pública, como exigir ocho veces el mismo presupuesto, en tanto que ambas experiencias garantizan el cumplimiento del contrato, así que la entidad estatal puede escoger cualquiera de las experiencias de obra o una intermedia, teniendo como base un criterio técnico (extrajurídico), por cuanto a una exigencia mayor de experiencia en facturación, menor riesgo de incumplimiento del contrato, con lo cual continúa buscando satisfacer uno de los fines estatales cual es el interés general.

En la elaboración de pliegos de condiciones, la competencia otorgada por el legislador para regular su contenido surge de una discrecionalidad política o fuerte, en donde delega en la Administración Pública algunos aspectos que deben reunir los pliegos de condiciones, por lo tanto deja un amplio margen de maniobra a las entidades estatales para regular las reglas de participación que deben cumplir los que estén interesados en presentar un ofrecimiento, lo cual supone que, al no estar estrictamente regulada, esta delegación de competencia comporta una discrecionalidad igualmente fuerte, por cuanto las decisiones deben ser tomadas por la propia Administración Pública entre varias alternativas y escogiendo la más conveniente para el interés general que es el fin del contrato estatal. En este caso para la Administración Pública los medios son los pliegos de condiciones y el fin es la adjudicación del contrato estatal a aquel oferente que le ofrezca al Estado garantías de que va a cumplir con el objeto del contrato que, en últimas, es el interés general (la carretera, el colegio, el hospital, la infraestructura de saneamiento básico, etc.). Por lo tanto, entre más alta sea la exigencia en experiencia, mayores serán las garantías que el proponente le ofrecerá al Estado en cumplimiento del objeto del contrato cual es, mitigar el riesgo a través de la regulación en los pliegos de condiciones.

En otras palabras, la discrecionalidad es un concepto jurídico que incide en la elaboración de los pliegos de condiciones, es decir, se trata de una competencia otorgada por el legislador al poder ejecutivo, y que en materia de contratación estatal se traduce en que debe definir el

contenido del pliego de condiciones, para lo cual le establece unos parámetros muy generales que deben ser complementados por las entidades estatales al momento de proceder a realizar una convocatoria pública, y de allí que deba considerar todos los elementos que le permitan tomar la decisión que corresponda para satisfacer el *interés general*.

El primer elemento que debe considerar la entidad estatal para elaborar los requisitos mínimos habilitantes (experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización) es el objeto del contrato, por cuanto de allí se parte para determinar quién será el proponente idóneo y con la experiencia suficiente que otorgue las garantías necesarias para cumplir con el negocio a suscribir. Sin embargo, para tomar la decisión debe considerar otros aspectos, entre ellos, cuál es el espectro de posibles oferentes que podrían eventualmente ejecutar el objeto del contrato, y diseñar con base en ello las medidas administrativas acordes para seleccionar al contratista que ofrezca las garantías suficientes, a la vez que acreditar el mayor número posible de licitantes. Entonces, la discrecionalidad administrativa estaría enfocada en encontrar las mejores alternativas posibles para adjudicar el contrato, buscando el mayor número de licitantes que estén en capacidad de cumplir con su objeto en términos de idoneidad, experiencia y capacidad financiera, a fin de seleccionar la oferta más conveniente. Así, de acuerdo con la definición o contenido, los pliegos de condiciones deben ofrecer dos garantías: por una parte, el derecho de participación, y por otra, que aquellos que van a presentar un ofrecimiento estén en capacidad técnica y financiera de cumplir con el objeto del contrato. En este caso, si las reglas inicialmente definidas permiten un nivel de concurrencia suficiente, razonable y aceptable, la discrecionalidad administrativa admite que si se presenta un interesado que demuestre que posee las competencias técnicas, financieras y legales que le otorgan un título de "idoneidad" y "experiencia" para ejecutar el objeto del contrato, pero que, al revisar las reglas de participación, queda excluido o "discriminado", le queda como camino evaluar si efectivamente ese interesado tiene la capacidad técnica, financiera y jurídica que le otorgue al Estado la confianza que es garantía para cumplir con el contrato[61]; en tal caso la administración debe tomar la iniciativa de modificar los pliegos

[61] Tal como lo planteó la Corte Constitucional en la Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

de condiciones definitivos para elaborar las nuevas reglas de participación que lo incluyan como potencial participante, y que abra el abanico de la pluralidad de oferentes en desarrollo del derecho de igualdad; en otras palabras, ampliar el número de posibles competidores para adjudicar la oferta más conveniente, de tal manera que dicha medida esté siempre asociada a la calificación que la Administración Pública haga de aquel que se presente y promueva su inclusión, sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato.

Y determinada por la conveniencia de lo mejor para el interés general, la Administración Pública podría eventualmente negar la inclusión de un interesado si encuentra que pone en riesgo el cumplimiento del objeto del contrato, pero en este caso se obliga a motivar y justificar su decisión. Así que no se trata de buscar la única solución posible, sino que la Administración Pública puede evaluar una primera serie de medidas administrativas encaminadas a proteger correctamente el interés general, es decir, permitir que presenten ofertas únicamente aquellos proponentes que le otorguen una garantía. Pero una vez abierta la convocatoria pública, y derivado de la promoción de las competencias discrecionales, se podrán presentar nuevos interesados y la entidad estatal podrá permitir su inclusión con el único requisito de que demuestren su idoneidad y experiencia para garantizar el cumplimiento del contrato, y en caso de que ello no suceda, sustente las razones para objetar su inclusión.

Así que, como decíamos, en materia de contratación estatal la ley no había regulado en detalle las reglas de participación que deben contener los pliegos de condiciones, delegando su materialización en el poder ejecutivo de cada una de sus entidades, y sólo dijo que las mismas deben ser “adecuadas” y “proporcionales” con la naturaleza del contrato y su valor (me refiero a la experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización); por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, dichas reglas se deben ponderar y para ello proponemos los dos valores constitucionales en conflicto o en tensión que merecen un tratamiento de ponderación para definir si las reglas contenidas en los pliegos de condiciones son proporcionales: el interés general, que es el valor que invoca la entidad estatal cuando elabora pliegos de condiciones, y el derecho de libre competencia económica en conexidad con el derecho a la igualdad de oportunidades, que sería el derecho de los proponentes que, sintiendo que poseen

las condiciones técnicas adecuadas, consideran que las reglas no tienen ninguna justificación y se tornan arbitrarias.

b. Los pliegos tipo como regulación legal y reglamentaria

El concepto de pliegos de condiciones "documentos tipo" es una respuesta del legislador a un desbordamiento de las distintas entidades estatales, en su mayoría territoriales, que en medio de sus competencias discrecionales al contrario de favorecer la libre competencia, restringen la participación mediante lo que se conoce como "pliegos de condiciones sastre", en donde, como se demuestra en esta investigación, se presenta una baja o nula concurrencia. Por lo tanto, en enero de 2018 se expidió la Ley 1882[62] mediante la cual se delega en el poder ejecutivo, en virtud de sus competencias reglamentarias (Dcto. 342 del 5 de marzo de 2019[63]), la elaboración

---

[62] De conformidad con lo previsto en el artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018, se adicionó un parágrafo al artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos: "[…] Parágrafo 7.º. 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 la consultoría de estudios y diseños de 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 se 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 a 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".

[63] Para reglamentar la materia se adicionó la sección 6.ª, subsección 1 del capítulo 2, del título 1, de la parte 2, del libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. El desarrollo y la implementación de los documentos tipo le corresponde a la Agencia Nacional de Contratación Pública "Colombia Compra Eficiente", en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, y sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento por las

de los pliegos de condiciones mediante los "documentos tipo". Dentro de la misma norma se establece la obligación para todas las entidades de exigir experiencia tanto en el sector público como en el sector privado[64], regla que ya habíamos encontrado como generadora de pluralidad de proponentes en el trabajo de campo, al calificarse como regla facilitadora de la concurrencia. En este caso se establecen los documentos necesarios para acreditar dicha experiencia.

Una vez aclarado lo anterior, tenemos que el primer efecto es que la regulación de los pliegos de condiciones mediante "documentos tipo" no puede ser modificada por las entidades estatales, y se convierte en una regla vinculante y de obligatorio cumplimiento. Aclaramos que en la selección de contratistas de obra para infraestructura de transporte en la licitación pública, se avanza en dos frentes: i) la reducción del criterio a tres componentes dependiendo del número de certificaciones (en dos certificaciones se debe acreditar el 70% del presupuesto oficial; entre tres y cuatro certificaciones se debe acreditar el 100% del presupuesto, y de cinco hasta seis certificaciones el 150% del presupuesto oficial), y ii) el no requerimiento de años hacia atrás contados a partir del cierre del proceso, y para poder sumar la experiencia, el mismo decreto establece como criterio de actualización los salarios mínimos. Por lo tanto, una regla que inicialmente permitía restringir la competencia por la alta discrecionalidad para definirla pues encontramos pliegos de condiciones que exigían hasta ocho (8) veces el presupuesto oficial en facturación de experiencia en obra pública, hoy está totalmente restringida a los criterios del decreto reglamentario, y que consideramos es razonable y proporcional.

De acuerdo con lo expuesto, la elaboración de pliegos de condiciones forma parte de las competencias discrecionales administrativas; sin embargo, se trata de una discrecionalidad intermedia, pues parte de la regulación la propone el legislador, pero en materia de contratación

---

entidades estatales sometidas al Estatuto de Contratación (art. 2.2.1.2.6.1.3). Con la expedición del decreto se adoptan los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y que corresponden a los anexos elaborados por la agencia de compras (art. 2.2.1.2.6.1.2).

[64] Ante esa obligación legal el parágrafo del artículo 5.º de la Ley 1882 reguló: "Parágrafo 5.º. 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".

delega en cada una de las entidades estatales completar el contenido de los pliegos de condiciones por ser normas incompletas e inacabadas (n. 5.º art. 24 Ley 80 y art. 5.º Ley 1150); no obstante, para todos los procesos de selección de contratistas el legislador cambia de competencia, asume la totalidad de la regulación y propone que la experiencia que se les exija debe incluir tanto al sector público como al privado, con lo cual facilita el ejercicio del derecho a la libre competencia y la posibilidad de participar en igualdad de condiciones. En esos términos, se reduce la discrecionalidad para exigir la experiencia en lo que tiene que ver con los proyectos tanto del sector público como del sector privado y ya no se podrá restringir la participación pidiendo experiencia sólo del sector público.

Por otro lado, la experiencia para contratos de obra de infraestructura de transporte también fue intervenida reduciendo la discrecionalidad administrativa donde la ley delega en el poder ejecutivo la regulación de dicho criterio de selección, y en este caso, como se expuso, el reglamento no permite que se exija más del 150% del presupuesto oficial, así que pliegos de condiciones que antes exigían hasta ocho (8) veces el presupuesto ya no podrán hacerlo porque esta limitación es una exigencia legal que generaría un pliego de condiciones por fuera del reglamento provocando su nulidad absoluta. En este caso la materia es agotada por el legislador y la potestad reglamentaria, e impide que las entidades estatales se puedan salir de ese marco.

c. Tratados de libre comercio suscritos por el Estado colombiano y otros países, y su incidencia en los pliegos de condiciones

Finalmente, consideramos que al momento de elaborar los pliegos de condiciones las entidades estatales deben tener presentes las cuantías de los procesos de selección, y sobre esa base determinar si los capítulos de los Tratados de Libre Comercio suscritos entre Colombia y otros países irradian la convocatoria pública, y en ese contexto tendrán que acomodar sus reglas a tales previsiones. Por otra parte, no sobra revisar el contexto internacional de las recomendaciones que organizaciones internacionales formulan respecto de la contratación pública y su importancia, y que pueden ser aplicadas a nuestras licitaciones. De cualquier manera, como pudimos demostrar, los procesos licitatorios pueden ir en contravía con las cláusulas de los Tratados de Libre Comercio y, más aún, con las previsiones que sobre el tema han formulado las organizaciones internacionales.

Colombia ha suscrito varios Tratados de Libre Comercio con distintos países entre los cuales hay un capítulo relacionado con los contratos públicos que pretenden celebrar las entidades estatales de origen colombiano y en los que tengan interés los empresarios de los países con los que Colombia suscribió tratados[65], y que regula básicamente dos aspectos: i) las cuantías

[65] i) Mediante la Ley 1763 del 15 de julio de 2015 se aprobó el "Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica", suscrito en Cali, Colombia, el 22 de mayo de 2013. La regulación de la contratación pública se regula en el capítulo 10. // ii) Mediante la Ley 1746 del 26 de diciembre de 2014 se aprobó el Protocolo adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico firmado en Cartagena de Indias el 10 de febrero de 2014, que consiste en un proceso de integración entre cuatro economías de América Latina y el Caribe para la movilidad de bienes, servicios, capitales y personas, así como para impulsar el crecimiento y la competitividad de las partes. La Alianza del Pacífico es un mecanismo de articulación económica de cooperación e integración entre Chile, Colombia, México y Perú. La contratación pública se regula en el capítulo VIII. // iii) Mediante la Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014, firmado en Seúl, República de Corea el 21 de febrero de 2013, se aprobó el "Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea"; la contratación pública se regula en el capítulo 14. // iv) Mediante la Ley 1669 del 16 de julio de 2013 se aprobó el "Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra", firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012; la contratación pública se regula en el capítulo 6.º. // v) Mediante el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, aprobado por las leyes 1443 de 2007, 1166 del 21 de noviembre de 2007, y 1520 de 2012 se implementaron los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial entre los dos países, y en su artículo 9.2 señala que es obligación de las entidades contratantes utilizar la licitación abierta salvo las excepciones propias del tratado. El artículo 9.6 regula lo relativo a las especificaciones técnicas, aclarando que les está prohibido a las entidades estatales aplicar alguna especificación técnica o un procedimiento de evaluación que tenga por propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes; las condiciones de participación se reglamentan en el artículo 9.7, cuyo numeral 1 señala a la entidad contratante solicitar que los proveedores satisfagan ciertas condiciones de participación. // vi) Mediante la Ley 1372 del 7 de enero de 2010 se aprobaron el "Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC", el "Canje de notas respecto del Capítulo 4 del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC", suscritos en Ginebra el 25 de noviembre de 2008; el "Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza", firmado en Ginebra el 25 de noviembre de 2008; el "Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia", firmado en Ginebra el 25 días de noviembre de 2008; y el "Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y el Reino de Noruega", firmado en Ginebra el 25 de noviembre de 2008; la contratación pública está regulada en el capítulo 7.º. // (vii) Mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009 se aprobó el "Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la

de los procesos de selección que ordenen la apertura de las entidades estatales colombianas a partir de las cuales se obliga el Estado colombiano a aplicar el tratado; y ii) algunas pautas generales que deben ser respetadas por el Estado colombiano en la elaboración de pliegos de condiciones, y que de manera general se resumen así:

1) Está prohibido que contengan cláusulas que tengan por propósito crear un obstáculo que se califique como innecesario, es decir, que su regulación no contenga ninguna justificación;

2) Se autoriza incluir cláusulas que contengan sólo aquellas condiciones que sean esenciales para garantizar que el proponente posee la capacidad legal, comercial, técnica y financiera que le permita cumplir con las especificaciones técnicas del objeto del contrato;

República de Colombia", firmado en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el "Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia" del 20 de febrero de 2009, "por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia"; la contratación pública se regula en el capítulo 14. // viii) Mediante la Ley 1241 del 30 de julio de 2008 se aprobó el el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y las repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, redactado y firmado en Medellín, el 9 de agosto de 2007, y los canjes de notas que corrigen el Anexo 3.4 del Capítulo III relativo al "Trato nacional y acceso de mercancías al mercado. Sección Agrícola. Lista de Desgravación de Colombia para El Salvador, Guatemala y Honduras", del 16 de enero de 2008, 11 de enero de 2008 y 15 de enero de 2008, respectivamente; la contratación pública está regulada en el capítulo 4.º y es de advertir que, de conformidad con el cuadro de las cuantías obtenido a través del portal [www.contratos.gov.co] de Colombia Compra Eficiente, el ámbito de aplicación de este tratado se encuentra a partir de la menor cuantía de todas las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal, con lo cual se debe dar aplicación a las reglas contenidas en el literal b numeral 2.º del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, para determinar la cuantía de la entidad estatal que está contratando en su menor cuantía, y a partir de allí está obligada a cumplir las reglas del tratado; ix) Mediante la Ley 1189 del 28 de abril de 2008 se aprobó el "Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile. Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993", suscrito en Santiago de Chile el 27 de noviembre de 2006; la contratación pública está regulada por el capítulo 13. // x) Mediante la Ley 172 del 20 de diciembre de 1994 se aprobó "el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994; la contratación pública fue regulada en el capítulo 15; disponible en [http://www.tic.gov.co].

3) Los requisitos para presentar una oferta no pueden imponer como condición de participación de una contratación pública que a un proveedor se le hayan adjudicado uno o más contratos de la entidad contratante, o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en el territorio de parte;

4) Los requisitos exigidos para presentar oferta se deben limitar a acreditar experiencia sobre actividades globales de negocio, y

5) Los pliegos de condiciones deben contener reglas que permitan la máxima competencia posible donde se garanticen los principios de transparencia y no discriminación.

En primer lugar, podemos concluir que los márgenes de discrecionalidad de las entidades estatales, salvo los dos casos planteados en el acápite anterior (experiencia en obra pública con un límite de hasta 150% del presupuesto oficial y experiencia en el sector público y privado), se mantienen con la regulación del contenido de los pliegos de condiciones en el marco de los tratados de libre comercio; reglas como "no contener obstáculos innecesarios", o que se exija experiencia en actividades globales de negocio, o exigir a los proponentes condiciones mínimas, son conceptos jurídicos indeterminados que obligan a las entidades estatales a integrar su contenidos respetando estos conceptos, lo cual les otorga un amplio margen de discrecionalidad administrativa, teniendo los mismos problemas que detectamos con las reglas de participación reguladas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Reglas de participación como las que observamos en el periodo de análisis de las licitaciones (2012-2015), y que se detallan en el Anexo, tales como acreditar experiencia en obra donde se requiere que el licitante demuestre más de una vez el presupuesto oficial en facturación, o experiencia reciente, o que sólo se posee experiencia en el sector público[66], o, en su defecto, que adicionalmente al objeto del contrato se demuestre que se han ejecutado cantidades de obra específicas asociadas al contrato que se va a suscribir, o que se exija que, además de la

[64] Esta regla ya fue modificada por el legislador con la expedición de la Ley 1882 de 2018 que en su artículo 5.º obliga a que se exija en los pliegos de condiciones experiencia pública y privada.

experiencia de ejecutar obras iguales o similares, se haya ejercido la profesión de ingeniero o arquitecto por un número de años importante, o, en su defecto, si se trata de persona jurídica que lleve varios años ejerciendo la actividad comercial, y finalmente, que los pliegos de condiciones regulen la clasificación de los proponentes en actividades no relacionadas con el objeto del contrato, son normas que apuntan a crear condiciones que se pueden calificar a la luz de los tratados de libre comercio suscritos entre Colombia y otros países como una restricción a la "máxima competencia posible" y una conducta "discriminatoria" que no tiene ninguna fundamentación[67].

Igualmente se consideran como "obstáculos innecesarios"[68], puesto que estas reglas superan las cláusulas que se consideran esenciales para limitar los requisitos de los proponentes referentes a su capacidad técnica[69]. Cabe destacar aquellos casos en que el proponente que debe acreditar ítems de obra pública obtiene las especificaciones técnicas del objeto que pretende contratar pero las entidades estatales manifiestan que no cumple con el estándar internacional relacionado con exigir actividades globales de negocio[70].

Finalmente, además de ser un "obstáculo innecesario", y de exigir una condición que no se limita a las condiciones técnicas del proponente relacionadas con el objeto del contrato, la exigencia de requerir experiencia en obra pública, en la que sólo se admite experiencia con el sector público[71], vulnera la previsión normativa relacionada con los requisitos exigidos para presentar una oferta en la que no se puede imponer como condición de participación de una contratación pública que a un proveedor se le hayan adjudicado uno o más contratos para

---

[67] Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Honduras, Guatemala y el Salvador

[68] Todos los tratados de libre comercio suscritos por Colombia excepto el tratado suscrito entre Colombia y Honduras, Guatemala y el Salvador contienen esta regla.

[69] Ídem.

[70] Así lo señala el Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia con Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio suscrito con México.

[71] Esta regla ya fue modificada por el legislador con la expedición de la Ley 1882 de 2018 que en su artículo 5.º obliga a exigir en los pliegos de condiciones experiencia pública y privada.

una entidad contratante de la parte de la entidad contratante o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en el territorio de parte.

Dicha vulneración implica una restricción a la libre competencia de los proveedores de los países con los cuales Colombia tiene suscritos tratados de libre comercio y ello comporta una trasgresión al principio de legalidad, siempre que se demuestre que la licitación pública está cubierta por el respectivo tratado que fue integrado al ordenamiento interno por la ley, y esa es la razón por la cual deben revisarse los montos del presupuesto del proyecto para validar si estaría cubierto o no por el respectivo tratado.

d. Sistemas normativos internacionales sobre contratación pública

Si nuestro país quiere adaptarse a las buenas prácticas que recomiendan estos organismos internacionales los sistemas normativos sobre contratación pública se pueden convertir en un referente estándar internacional para efectos de la contratación pública en Colombia[72], y por

---

[72] i) Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. De acuerdo con la Organización Mundial de Comercio, la contratación pública representa en promedio entre el 10% y el 15% del PIB de una economía, y constituye un mercado significativo y un aspecto importante del comercio internacional, por ello la labor de la OMC en materia de contratación pública tiene por objeto promover la transparencia, la integridad y la competencia en este mercado. El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). propuesto por la Organización Mundial del Comercio en 1994 dispone que se han de garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública. A tal efecto, el texto del Acuerdo establece principios generales y prescripciones de procedimiento detallados que las Partes en el ACP están obligadas a aplicar en las actividades de contratación. Este ACP fue revisado el 30 de marzo de 2012. Los artículos 6.º y 8.º del Acuerdo sobre Contratación Pública de 1994 están disponibles en [https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm]. // ii) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General, del 31 de octubre de 2003. Las Naciones Unidas sostienen que en 2004 la corrupción socavó la democracia y el Estado de Derecho porque, entre otras cosas, distorsiona los mercados y da pie para violar los derechos humanos. En los países en desarrollo genera un mayor daño porque desvía recursos destinados al desarrollo en la medida en que afecta la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos alimentando la desigualdad y la injusticia. A través de la Convención se introdujo un conjunto de normas y medidas para reforzar sus regímenes jurídicos (art. 9.º). /// iii) Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL). En 2014

ello se deja claro que no tienen carácter vinculante sino meramente ilustrativo y que plantean algunas pautas generales en la elaboración de los pliegos de condiciones, que de manera general se resumen así:

1) Prohibición se crear obstáculos innecesarios al comercio internacional en los procedimientos de evaluación de las ofertas establecidos por las entidades contratantes;

2) Prohibición de promover cláusulas discriminatorias entre proveedores de distintas partes, o entre estos y los nacionales;

3) Las condiciones de participación calificadas de manera global en el territorio de la entidad contratante (financieras, técnicas, comerciales y legales) en las licitaciones se limitarán a las que sean indispensables para cerciorarse de la capacidad de la empresa para cumplir el contrato de que se trate;

4) La entidad contratante limitará las condiciones para participar en una contratación a aquellas que sean esenciales para asegurarse de que el proveedor tiene la facultad jurídica, la solvencia financiera y la capacidad comercial y técnica para hacerse cargo de la contratación de que se trate;

---

la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional promovió la Ley Modelo de la CNUDMI de Contratación Pública, aprobada mediante la Resolución 66/95 de la Asamblea General del 9 de diciembre de 2011, y entre las recomendaciones indicó que se debía actualizar la Ley Modelo del año 1994, y agregó que, en el entendido de que en la mayoría de los Estados la contratación pública representa una parte considerable del gasto público, la revisión de la ley debe contribuir a promover la economía, la eficiencia y la competencia en la contratación, fomentando la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de adjudicación, y recomienda a todos los Estados utilizar la Ley Modelo para evaluar sus regímenes jurídicos de contratación y revisar sus legislaciones en la materia (arts. 8.º y 9.º); disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf].

5) Prohibición para que una entidad contratante de una parte determinada exija que para que un proveedor pueda participar en una contratación, se le hayan adjudicado previamente uno o varios contratos;

6) La obligación de los países parte de adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y los criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción;

7) La obligación de adoptar medidas apropiadas para promover la transparencia, y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública;

8) La obligación de promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable;

9) La obligación de garantizar un trato justo, igual y equitativo a todos los proveedores y contratistas;

10) La obligación de dotar de transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública;

11) La prohibición de fijar requisitos destinados a limitar la participación de proveedores o contratistas que generen algún tipo de discriminación frente a un proveedor o contratista;

12) La autorización para la entidad adjudicadora cuando decida limitar la participación de proveedores o contratistas en un proceso de contratación, de dejar constancia en el expediente del proceso de contratación de las razones y circunstancias que motivaron su decisión;

13) La autorización para medir la idoneidad de los proveedores o contratistas incluyendo los criterios apropiados y pertinentes a las circunstancias del contrato que se vaya a adjudicar (cualificación profesional, técnica, ecológica, competencia profesional y técnica, capacidad financiera, experiencia y recurso humano), estando prohibidos los criterios discriminatorios o que objetivamente no tengan justificación, y

14) La autorización a la entidad contratante de rechazar a los proponentes que ofrezcan, concedan o acuerden con un funcionario público alguna ventaja financiera, o de otra condición para influir la decisión de la adjudicación del contrato a su favor, o que un proponente tenga un ventaja competitiva (como saber con anticipación las reglas de participación antes que los demás competidores), o que tenga un conflicto de intereses.

Como vemos, estos organismos promueven la libre concurrencia por cuanto sólo autorizan aquellas reglas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento del contrato, o que sólo se regulen reglas que consagren requisitos con actividades globales de negocio, lo que se traduce, de acuerdo con la experiencia en las licitaciones en Colombia, en que estaría prohibido que se exijan cantidades de obra específicas como mecanismo para medir experiencia en obra. De igual manera se promueve que las entidades contratantes adopten las medidas necesarias para garantizar la transparencia y la competencia, de tal manera que las reglas deben corroborar el trato justo, igual y equitativo entre los proveedores, prohibiendo las cláusulas discriminatorias.

Como lo expusimos en relación con los Tratados de Libre Comercio, podemos concluir que los márgenes de discrecionalidad de las entidades estatales, salvo los dos casos planteados en el acápite anterior (experiencia en obra pública con un límite de hasta 150% del presupuesto oficial, y experiencia en el sector público y privado), se mantienen con la regulación del contenido de los pliegos de condiciones en el marco de las normas de garantías para lograr el principio de transparencia, es decir, reglas como "la prohibición de obstáculos innecesarios", o "reglas discriminatorias", o exigencias que autoricen a regular condiciones que sean la mínimas indispensables respecto de la capacidad del oferente, o reglas que garanticen la competencia entre proveedores o contratistas, o en aquellos casos en los que se exige que los pliegos de condiciones otorguen un trato justo a todos los proveedores, son conceptos jurídicos indeterminados que obligan a las entidades estatales a integrar sus contenidos respetando dichos conceptos, lo cual les otorga un amplio margen de discrecionalidad administrativa, teniendo los mismos problemas que detectamos con las reglas de participación reguladas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Las reglas de participación, como las que observamos en el periodo de análisis de las licitaciones (2012-2015), y que se detallan en el Anexo, tales como acreditar experiencia en

obra donde se requiere que el licitante demuestre más de una vez el presupuesto oficial en facturación, o experiencia reciente, o que sólo se posee experiencia en el sector público[73], o, en su defecto, que además del objeto del contrato se requiere demostrar que se han ejecutado cantidades de obra específicas asociadas al contrato que se va a suscribir, o, por otra parte, que además de la experiencia de ejecutar obras iguales o similares se exija que se haya ejercido la profesión de ingeniero o arquitecto por un número de años importante, o, si se trata de persona jurídica, que lleve varios años ejerciendo la actividad comercial, o, finalmente, que los pliegos de condiciones regulen la clasificación de los proponentes en actividades no relacionadas con el objeto del contrato, apuntan a crear condiciones que se pueden calificar a la luz de las normas internacionales sobre contratación pública como una restricción a la transparencia, la integridad y la competencia en el mercado de suministro de bienes, servicios y construcción de obras, conductas discriminatorias sin ninguna fundamentación y, por lo mismo, desproporcionales, con lo cual se crean condiciones artificiales de competencia que permiten favorecer a un determinado proponente[74].

Igualmente, estas reglas se consideran "obstáculos innecesarios al comercio internacional"[75], y superan las cláusulas esenciales para limitar los requisitos de los proponentes referentes a su capacidad técnica[76-77].

Como aspecto importante se destacan aquellos casos en los cuales las entidades estatales manifiestan que el proponente debe acreditar ítems de obra pública que obtiene de las

---

[73] Esta regla ya fue modificada por el legislador con la expedición de la Ley 1882 de 2018 que en su artículo 5.º obliga a que se exija en los pliegos de condiciones experiencia pública y privada

[74] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004.

[75] Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 2014 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL).

[76] Ídem.

[77] Acuerdo sobre Contratación Pública promovido por la Organización Mundial del Comercio en 1994 y reformado en 2012.

especificaciones técnicas del objeto que pretende contratar pero no cumple con el estándar internacional relacionado con exigir actividades globales de negocio[78].

Finalmente, además de ser un "obstáculo innecesario", y de exigir una condición que no se limita a las condiciones técnicas del proponente relacionadas con el objeto del contrato, la exigencia de requerir experiencia en obra pública donde sólo se admite la que se adquiere con el sector público[79], vulnera la previsión normativa relacionada con los requisitos exigidos para presentar una oferta entre los cuales no se puede imponer como condición de participación de una contratación pública que a un proveedor se le hubiesen adjudicado uno o más contratos para una entidad contratante de la parte de la entidad contratante o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en el territorio de parte[80].

Si bien estas normas no tienen el carácter de vinculante, se consideran normas de estándar internacional que calificarían positivamente a Colombia como promotor de la libre competencia de los proveedores internacionales que quieran participar en los procesos de selección que cuya apertura ordenen las distintas entidades del orden nacional, departamental o municipal. Si Colombia desea modificar la percepción que sobre su contratación pública envía hacia el concierto internacional, debe adaptar sus pliegos de condiciones para que promuevan la participación y la competencia entre licitantes.

4. Conclusiones

El artículo 209 de la Constitución consagra la función administrativa para la prestación de servicios a cargo del Estado por la cual las entidades están al servicio del interés general, propósito que coincide con el artículo 3.º de la Ley 80 según el cual el contrato está previsto para el cumplimiento de unos fines, y estos no pueden ser otros que el interés general. Entre

---

[78] Ídem.

[79] Esta regla ya fue modificada por el legislador con la expedición de la Ley 1882 de 2018 que en su artículo 5.º obliga a que se exija en los pliegos de condiciones experiencia pública y privada.

[80] Acuerdo sobre Contratación Pública promovido por la Organización Mundial del Comercio en 1994 y reformado en 2012.

las competencias otorgadas al Congreso está justamente la de expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 150 C.P.), una de cuyas normas es la Ley 80 de 1993, que en su artículo 30 define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual se formula públicamente una convocatoria, para que en igualdad de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más conveniente, definición que es defendida tanto por la doctrina nacional como por la extranjera, que coinciden en señalar que la licitación tiene como propósito encontrar, entre un número indeterminado de participantes, las personas que ofrezcan las condiciones más ventajosas siempre garantizando la igualdad o la competencia de todos los licitantes ante la administración, y ciñéndose al contenido de los pliegos de condiciones, logrando con ello un beneficio económico o un precio favorable. Otra parte de la doctrina plantea que la licitación pública está influida por el principio de proporcionalidad, una ponderación entre medios y fines, que se traduce en el reconocimiento de bienes jurídicos en tensión (el interés general en tensión con la libre competencia y el derecho de igualdad de participación), con lo cual es necesario tomar decisiones justas y equilibradas en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos; con ello se impide la inclusión de cláusulas discriminatorias y se permite la promoción de la competencia entre licitantes.

Para adelantar una licitación pública se requiere elaborar un pliego de condiciones cuya naturaleza jurídica es un acto administrativo de carácter general mediante el cual el legislador señaló que debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas, y con más detalle, en norma posterior, que los pliegos de condiciones deben contener unas reglas denominadas requisitos mínimos habilitantes describiéndolos como la experiencia, la capacidad financiera, la capacidad legal y la organización, los cuales deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato. La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado que aclara de entrada que en ellos están contenidas las condiciones que los proponentes deben cumplir cuando formulen las ofertas sobre las cuales se va a ejecutar el objeto del contrato; puntualiza, entonces, que los pliegos son actos administrativos reglados de carácter general y de trámite que luego se convierten en una cláusula del contrato estatal, mientras que las reglas de participación desaparecen cuando se adjudica el contrato. Finalmente, la doctrina precisa el concepto señalando que por su naturaleza los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general, no un

reglamento propiamente dicho por no tener vocación de permanencia pues sus reglas de selección desaparecen con la adjudicación del contrato, pero aclarando que el pliego de condiciones muta al futuro contrato estatal. Siendo una manifestación unilateral de la administración, para la doctrina es susceptible de las acciones jurisdiccionales con términos de caducidad limitados para el ejercicio particular.

Al revisar las normas en que se fundamenta la Administración Pública para elaborar los pliegos de condiciones (normas objetivas, justas, claras y completas y, por otra parte, que los requisitos habilitantes como la experiencia, la capacidad legal, la capacidad financiera y la organización sean "adecuados" y "proporcionales" con la naturaleza del contrato y su valor), salvo en la previsión última de la Ley 1882 de 2018, en la que el legislador exige que se debe acreditar experiencia tanto en el sector público como en el sector privado, en los contenidos referenciados se trata de un amplio margen que el legislador le otorga a la administración para elaborar los mencionados pliegos de condiciones, y en donde sólo plantea cláusulas generales que deben ser concretadas por la Administración Pública, y es por ello que se puede concluir de entrada que se trata de una actuación administrativa discrecional. La doctrina considera que una competencia discrecional se caracteriza por una mayor o menor amplitud para la realización de objetivos trazados por el legislador y la opción de elegir entre varias posibilidades. No se trata de una conducta que se pueda calificar de arbitraria por cuanto la Administración actúa sobre los márgenes impuestos por la ley y debe motivar sus actos, y en caso de desbordamiento está el poder judicial para ejercer control de legalidad respecto de la actuación. Hay que decir que una vez aclarada la competencia discrecional se debe abordar la forma en que se hace uso de dicha competencia para lo cual la doctrina sostiene que a la Administración le corresponde un proceso de valoración subjetiva con el fin de adecuar la realidad a las consideraciones amplias y genéricas de las normas, así que estará a cargo de la Administración la búsqueda de los fines estatales. Por lo tanto, concluye la doctrina, lo que caracteriza la discrecionalidad administrativa es la facultad de la Administración de elegir entre diversas opciones; sin embargo, algunos autores consideran que la discrecionalidad administrativa está influenciada por conceptos jurídicos indeterminados, en los que sólo cabe una sola decisión justa y no una pluralidad de soluciones, y todo derivado de que las actividades administrativa y discrecional tienen por finalidad satisfacer el interés general. La doctrina califica como discrecionalidad fuerte o política aquella que proviene del Congreso,

en tanto que la discrecionalidad de los tribunales se considera una discrecionalidad débil o jurídica; así que la discrecionalidad administrativa está en una posición intermedia entre las dos anteriores, según está más cerca de una o de otra; en otras palabras, sería discresionalidad fuerte si los medios y los fines entre los que la Administración puede elegir estén más determinados, lo que implica la posibilidad de optar entre diversos medios para alcanzar ese fin y la posibilidad de concretarlo. Frente a la discrecionalidad administrativa existe una atribución intencional del ordenamiento jurídico en la cual el órgano realiza elecciones para la satisfacción del interés público dentro de un ámbito de poder de decisión atribuido por el ordenamiento jurídico.

Al revisar el ordenamiento jurídico se encuentra que la competencia para elaborar pliegos de condiciones es discrecional y otorga una amplia capacidad de decisión a cada una de las entidades estatales, considerándose más inclinada hacia la discrecionalidad fuerte, y ello incluye las normas de contratación pública de los distintos tratados de libre comercio suscritos entre Colombia y otros países. Sin embargo debemos recordar la Ley 1882 de 2018 que reguló los pliegos de condiciones bajo los "documentos tipo", y ya en la reglamentación de la ley, el criterio de experiencia para obra que viene definido con un tope máximo del presupuesto oficial al 150%; por otro lado, la misma ley (parág. del art. 5.º) consagra la obligación de aceptar la experiencia tanto con el sector público como con el privado, por lo que en este caso se trataría de una discrecionalidad jurídica y, por lo mismo, débil, por lo que la Administración debe someterse a la regla impuesta por el legislador y por el poder reglamentario.

Adicionalmente, Colombia suscribió diez Tratados de Libre Comercio, lo cual implicó hacer una revisión del capítulo de contratación pública de cada tratado, verificando que contienen reglas de carácter abierto que exigen que los pliegos de condiciones contengan normas como las siguientes: no crear obstáculos innecesarios; incluir reglas que contengan los requisitos mínimos que garanticen la capacidad técnica, legal y financiera de los proponentes; no exigir experiencia sólo del país contratante; requerir actividades globales de negocio, y reglas que permitan la máxima competencia. Estas reglas abiertas le permiten a las entidades regular e integrar la regla de participación con alta discrecionalidad, pudiéndose calificar como una

discrecionalidad fuerte; salvo la exigencia de permitir experiencia tanto del sector público como del privado.

Finalmente, si Colombia no está aislada del concierto internacional hay organismos de cooperación internacional u organizaciones internacionales que se ocupan de promover la competencia en la contratación tales como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la ley modelo sobre Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil, las cuales proponen las siguientes reglas que pueden ser aceptadas por Colombia si quiere adaptarse a un concierto internacional donde hay un mayor desarrollo de la libre competencia: no crear obstáculos innecesarios; no promover prácticas discriminatorias; incluir reglas que contengan los requisitos mínimos que garanticen la capacidad técnica, legal y financiera de los proponentes; no exigir experiencia sólo del país contratante; apoyar políticas de transparencia y prevención de la corrupción; generar reglas que permitan la máxima competencia; proscribir la discriminación y no promover ventajas entre proveedores. Estas reglas abiertas le permiten a las entidades regular e integrar la regla de participación con alta discrecionalidad, pudiéndose calificar como una discrecionalidad fuerte; salvo la exigencia de permitir la experiencia tanto del sector público como del privado.

Definidos los conceptos de licitación pública y la importancia de los pliegos de condiciones para su respectivo trámite, concluir que los pliegos de condiciones contienen reglas de participación que provienen de competencias discrecionales delegadas por el legislador le permite a la Administración amplia libertad de confección en dichas reglas, por lo que se requiere desarrollar la definición de interés general por cuanto constituye el límite del ejercicio de dichas competencias toda vez que la celebración de contratos en aplicación del artículo 209 constitucional persigue la satisfacción del interés general.

C. El fin del contrato estatal es el interés general como valor constitucional que influye en la construcción de las reglas de participación contenidas en los pliegos de condiciones

1. Introducción

Desde la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[81] la intención del legislador fue indicar que cualquier actividad estatal se tiene que caracterizar por la satisfacción del *interés general*, categoría jurídica estándar que se colige del artículo 3.º de la misma ley, cuando establece que la celebración y ejecución de los contratos buscan el cumplimiento de los fines estatales.

Sostiene Franco[82] que el concepto de interés general guía la actuación contractual de las entidades del Estado como componente del Estado social de derecho donde ningún procedimiento contractual se puede entender si no se inspira en la satisfacción del interés general.

El *interés público* o *interés general*[83] como concepto jurídico que persigue el cumplimiento de los fines estatales es de rango constitucional y está en el artículo 209 constitucional que

---

[81] Proyecto de Ley n.º 149 de 1992 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" , *Gaceta del Congreso*, n.º 75 del 23 de septiembre de 1992, p. 11.

[82] Diego Franco Victora. *La Interpretación de los contratos civiles y estatales*, cit. pág. 259

[83] Este portal jurídico español indica la diferencia entre interés general e interés público que algunos autores consideran sinónimos y que para los efectos de esta investigación se tratarán como términos sinónimos. "El interés público participa de las características de los llamados 'conceptos inaprensibles', de ahí las dificultades con las que se encuentran quienes tratan de definirlo. Se trata de una de esas palabras cuya fuerza radica más en lo que evocan que en lo que significan, aunque se califique de 'concepto jurídico indeterminado' (cfr. "Conceptos jurídicos indeterminados"), ya que, según ha señalado García de Enterría, su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado. Tampoco es fácil distinguirlo del interés general, interés nacional o interés común. De hecho, la primera preocupación de los analistas es intentar diferenciar el interés general y el interés público. Para algunos autores la equivalencia conceptual es total, pues son términos sinónimos; para otros, su distinción implica la clave interpretativa de todo el sistema político. La realidad, como ha demostrado Alejandro Nieto, es que, en algunas ocasiones, bajo el mismo rótulo se engloban intereses diferentes, mientras que, en otras, se emplean

varios rótulos para referirse a un mismo interés. Las líneas que siguen utilizan de forma ambivalente las expresiones intereses públicos e intereses generales, con preferencia de esta última, pues es la recogida con insistencia en la Constitución. La función del concepto 'interés general' es doble: por una parte, sirve para dar cobertura legitimadora a la actuación de la Administración; por otra, constituye una de las formas de limitar las potestades administrativas. Una primera aproximación a dicho concepto pasa por confrontar los intereses generales con los particulares. La diferenciación entre unos y otros ha ido evolucionando a lo largo de los tiempos, si bien puede apreciarse que, en un primer momento, los intereses generales se construyen sobre la base de los intereses particulares concordados; luego, el monarca suplanta los intereses particulares e impone unos intereses generales trascendentes, que son, en realidad, los suyos; esta confusión de los intereses propios del gobernante con los de cada uno de los gobernados propicia una reacción que da lugar a la identificación del interés general con el de la Nación. Esta última identificación se constata en la actualidad en algunas ocasiones, en las que se prevé la invocación del interés nacional para circunstancias extraordinarias, como sucede en el articulo 155 de la Constitución (de la Constitución Española), para los casos en los que una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones constitucionales o legales, o actuares de forma que atente gravemente 'al interés general de España'. En el fondo está la cuestión de si los intereses generales son trascendentes o inmanentes a los intereses particulares. Las consecuencias jurídicas de una o de otra opción se manifiestan en los supuestos de conflicto, pues, si se considera que el interés público es trascendente, rige sin restricciones el principio de prevalencia de dicho interés, pero si se estima que es inmanente, la prevalencia no es automática, sino que obliga a una ponderación de los que están en juego, aunque, frecuentemente, implique una limitación a la libertad de los particulares para configurar sus relaciones. Además, si se considera que los intereses generales son inmanentes, cabría una intervención de los particulares, en lo que éstos afectan a aquéllos. Sin embargo, el interés público puede coincidir en ocasiones con el privado, como ocurre en la actividad administrativa de fomento, en la que se trata de estimular a los administrados para que cumplan objetivos privados al tiempo que redundan en el interés general". Este último aspecto lo vemos en la contratación pública colombiana con la prohibición de donaciones a particulares excepto cuando se trata de convenios con fundaciones sin ánimo de lucro para programas de interés público y con el fin de cumplir programas de desarrollo económico y social de las entidades estatales que giran la donación a estas personas jurídicas para que cumplan sus propósitos de interés público (art. 355 C.P.; Dcto. 092 de 2017). Por lo tanto vemos que se trata de programas de interés público que cumplen los particulares y no el Estado. Pero de todas maneras ello no excluye que el Estado no deje de cumplir o perseguir el interés público; cfr. [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAExDNqDUAAAA=WKE].

desarrolla la función administrativa y sostiene que la misma está al servicio de los intereses generales con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad[84].

Por lo tanto este capítulo se encarga de ilustrar el concepto de interés general[85], a cargo de qué autoridad está la protección de las competencias, las incidencias del interés general en el derecho administrativo derivadas de las competencias regladas o discrecionales, y, finalmente, el interés general en el contrato estatal, considerando los estudios que la Corte Constitucional ha debido abordar cuando fue demandada la ley de contratación en aspectos relacionados con las competencias del legislador para regular lo más conveniente para el interés general.

2. El interés general es una competencia a cargo del legislador que la puede delegar en competencias discrecionales a la Administración Pública, la cual finalmente concreta dicho interés general

Marín[86-87] señala que la entrada del Estado Social de Derecho implicó una nueva forma de ejercicio de la Administración Pública respecto de las competencias discrecionales, por

---

[84] Consideramos que tanto en la jurisprudencia alemana como la española y francesa la noción de interés público es un elemento de control de legalidad de los actos administrativos. En unos casos funciona como límite legal a la acción administrativa, aspecto negativo que se manifiesta en la desviación de poder, consistente justamente en que el autor del acto no ha perseguido ningún fin de interés general, o el fin perseguido es distinto del autorizado. Dentro de la clasificación de la acción administrativa se encuentran las autorizaciones donde la Administración tiene cierta libertad de apreciación, y allí la noción de interés general se convierte en un elemento importante de decisión; cfr. Fernando Sainz Moreno. "Sobre el interés público y la legalidad administrativa", *Revista de Administración Pública*, n.º 82, pp. 439-454, disponible en [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977_082_439.PDF].

[85] Reiteramos que para nosotros el interés general es sinónimo de interés público y así será tratado en este trabajo de investigación.

[86] Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 141 a 281.

[87] Para Marín la doctrina y la jurisprudencia argentinas conciben la discrecionalidad como una facultad o libertad de elección entre dos o más alternativas válidas para el derecho. Para la doctrina alemana, desde el plano analítico y didáctico, la discrecionalidad pretende demostrar o significar la ausencia de normas precisas

de actuación o decisión, de allí que se postule una antinómica entre la actividad reglada y la actividad normativa; por lo tanto, se deduce que a mayor densidad normativa aparece la actividad reglada y a menor densidad normativa se presenta la actividad discrecional. En igual sentido se expresa Juan Gustavo Corvalán. *Derecho Administrativo en transición*. *Reconfiguración de la relación entre la Administración*, *las normas y el Poder Judicial*. "Reglas y principios", "Discrecionalidad débil y fuerte", "Valoración, interpretación y ponderación", "Control judicial y políticas públicas", Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Editorial Astrea, 2018, pp. 69, 74, al señalar que la discrecionalidad es la facultad de elección entre dos o más alternativas; sin embargo, nos parece importante su aclaración en cuanto a que no existen potestades totalmente libres porque, como mínimo, hay un aspecto que proviene del legislador sobre qué puede o no hacer el ejecutivo y debe estar reglado por este; en otras palabras, el acto particular a dictar por el Ejecutivo no es íntegramente discrecional en ningún caso, porque al menos el legislador debe necesariamente regular el aspecto competencial. Para este autor la distinción de competencias regladas o discrecionales está enfocada en el grado de intensidad o especificidad de las reglas, así, si estas son específicas y su contenido es denso en relación con el caso a resolver, entonces las potestades son regladas y el acto a dictarse en su consecuencia es también reglado; por el contrario, si las reglas son vagas, imprecisas e inespecíficas, entonces las potestades y los actos consecuentes son discrecionales. Dice Corvalán que los límites en el ejercicio de las potestades discrecionales surgen de las mismas normas de reconocimiento de las competencias, así como del ordenamiento jurídico en general. Entre los límites del bloque jurídico están las normas jurídicas y los principios generales del derecho, y aquí nos recuerda que los principios son mandatos de optimización que exigen que algo se realice en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, y su forma de aplicación es la ponderación; en tanto que las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente y su forma de aplicación es la subsunción, todo ello apoyándose en Alexy. Otro de los límites es el principio de razonabilidad, para el cual el acto debe ser adecuado con el fin, los medios deben ser proporcionados y conducentes con el fin pues "no es posible –a su vez– elegir otras decisiones menos gravosas sobre los demás derechos", y, finalmente, que las ventajas son mayores que las desventajas. De acuerdo con Carlos F. Balbin. *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª ed. actualizada y ampliada, Argentina, Editorial Thomson Reuters, La Ley, 2015, pp. 220 a 222, 224, 227 a 229, el control de razonabilidad, como lo ha utilizado la Corte Suprema Argentina, supone un límite a la reglamentación de los derechos individuales y el primer elemento es la proporcionalidad entre el objetivo buscado por la norma y el medio que ha sido escogido para obtenerlo. Aclara que el requisito de razonabilidad ha surgido como límite a la actividad reglamentaria de la administración y, en esos términos, es el ejercicio razonable lo que justifica los actos y decisiones administrativas. Advierte igualmente que la razonabilidad actúa como límite a la discrecionalidad. Con respecto al principio de razonabilidad Juan Vicente Sola. *Manual de Derecho Constitucional*, Edición Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 437 a 439, sostiene que su equivalente en Estados Unidos es el debido proceso legal sustantivo. En una de las referencias jurisprudenciales trascritas el autor considera que la Corte Suprema Argentina parece adoptar la proporcionalidad como medida de la razonabilidad, y luego advierte que es posible

cuanto, para conciliar la multiplicidad de intereses el legislador optó por no definir –al menos no del todo– los *intereses generales*, autorrestringiéndose al señalamiento de los fines a la Administración con cada vez más frecuentes recursos a cláusulas generales y conceptos indeterminados de amplio espectro programático o valorativos, con la consecuente remisión que ello supone a "criterios de decisión extrajurídicos (morales, políticos, económicos)", o, lo que es igual, a una tecnificación del derecho para darle mayor flexibilidad a los modelos jurídicos, que no es otra cosa, en definitiva, que un incremento de la discrecionalidad administrativa.

Aclara que se presentó un cambio de estructura de las normas del derecho administrativo que se desprenden de la dificultad a la que el derecho se enfrenta para concretar los *intereses generales* derivada del paso progresivo hacia la vinculación de la Administración, en la cual la determinación de lo que constituye el *interés general* para el caso concreto se defiere al

---

abrir el control de razonabilidad en dos pautas respecto de los fines y medios de las normas: por un lado, cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, aunque obtiene el fin perseguido, lo excede, y por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se pueda alcanzar. Agrega que el principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor de la justicia en el contenido de todo acto de poder. Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el "medio" escogido para alcanzar un "fin" válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin, o que haya "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder. Para Daniel Sabsay. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 267 a 273, el texto constitucional establece las características generales que deben tener los actos gubernamentales para satisfacer el bien común, las cuales configuran el concepto constitucional de razonabilidad que aparece en la Constitución Argentina. Así un acto es inconstitucional cuando su contenido no guarda la debida proporción con las circunstancias que lo motivan, o cuando no responde a una finalidad constitucional del bien común. Citando a Marienhoff, Sabsay describe la razonabilidad como la adecuación de los medios utilizados por el legislador para la obtención de los fines que determina la medida a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procuran alcanzar con ellos; en otras palabras, se trata de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos se deben alcanzar. En conclusión, el principio de razonabilidad requiere la existencia de una necesidad cuya satisfacción no se puede soslayar: que el medio empleado a tal fin resulte idóneo y menos gravoso en orden a los derechos y libertades que restringe; y que exista una proporcionalidad entre los medios propuestos y los fines que se desean alcanzar; cfr. Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*, t. i, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 120 a 123.

nivel administrativo mediante el uso de herramientas como la atribución de facultades discrecionales, el uso de conceptos jurídicos de notable indeterminación y cargados de componentes valorativos, o el recurso a directrices y reglas finales en las que se establecen los objetivos a alcanzar. Se explica esta materialización por la necesidad de la Administración de adoptar sus decisiones a partir de la multiplicidad de factores técnicos, o criterios de índole político que inciden en la priorización de los objetivos, la fijación de las políticas, y la disposición de los medios y recursos orientados a la ejecución de dichas medidas, todo lo cual se traduce en el reforzamiento del poder de decisión del Ejecutivo frente al ejercicio por el Parlamento.

Dice Marín que aun cuando el artículo 209 de la Constitución Política[88], ha instituido la función administrativa con el fin de servir a los *intereses generales*, ello no significa en manera alguna que dicha Administración pueda decidir por sí misma cuáles son esos *intereses generales* que debe servir, por cuanto estos los definen los órganos de dirección política, que tienen legitimación democrática directa, es decir, el binomio Parlamento-Gobierno. En esos términos[89] para Marín sólo al legislador le corresponde señalar el contenido del *interés público*, habida cuenta de que la legislación es la vía natural de expresión de la idea que la sociedad tiene del *bien común*, con lo cual en algunas ocasiones el mismo legislador puede estimar oportuno encomendar a la Administración la tarea de llevar a cabo la valoración del *interés público* para algún supuesto concreto, directamente mediante fórmulas en las que se remite a lo que conviene o perjudica al interés público, o indirectamente mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente. En este último caso la actuación discrecional de la Administración es de naturaleza técnica y no política, por lo que a ella corresponde aportar a la resolución de cada caso conocimientos técnicos objetivos. Se concluye, entonces, que la Administración debe concretar y aplicar la idea de *interés público* que la ley expresa.

---

[88] Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, cit., p. 146

[89] F. Sainz Moreno. "Reducción de la discrecionalidad…", pp. 74 y 75, citado por Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, cit., p. 147.

Por su parte, y en la misma línea, Rodolfo Barra[90] sostiene que con las actuaciones públicas se persigue un fin diferente al de los particulares, esto es, se busca el fin de la comunidad o el bien común, lo cual quiere decir que el Estado no tiene opciones pues sólo puede perseguir el bien común, y advierte que por tratarse de un bien para comunidades el bien común o interés público no puede ser definido por la Administración Pública, pues, como se trata de la comunidad, es a ella a la que cabe su definición, aunque sea a través de la misma organización estatal, por un sistema político de representación y que en el constitucionalismo democrático se ha confiado al poder legislativo. En los contratos públicos la autonomía de la voluntad es reemplazada por el principio de legalidad donde actúan en una posición jerárquica primero la Constitución, y luego las leyes y reglamentos que expida la propia Administración Pública. En este escenario no hay espacios libres de ley, pues el derecho condiciona y determina de manera positiva a la Administración. Dice el autor que en el derecho argentino el acto debe respetar la finalidad requerida por el legislador que es quien, con base en las normas reguladoras, faculta al órgano que está previsto por el mismo legislador, y aún el margen de discrecionalidad que pueda gozar el órgano ejecutivo, pues las medidas que adopte para la emisión del acto deben ser proporcionales y adecuadas a la finalidad perseguida. Si se compara la discrecionalidad de la actuación de la Administración Pública frente a la libertad negocial de los particulares, la discrecionalidad permite incluir una estimación subjetiva de la propia Administración, lo cual no significa que se trate de una facultad extra legal, autónoma, de libre decisión, y antes por el contrario, se trata –la discrecionalidad– como un caso típico de remisión legal, donde la administración ejercita la voluntad de la ley a través de la apreciación de las circunstancias y siempre guardando una medida proporcional o racional con el fin querido por la ley. Esta es la razón por la cual no existen actos administrativos absolutamente discrecionales, lo que quiere decir que los llamados actos discrecionales reconocen la existencia de elementos reglados (y por ello lo denomina competencia discrecional reglada, por cuanto siempre está sometida al ordenamiento jurídico). Lo anterior es importante por la relevancia que tiene para el contrato

[90] Rodolfo C. Barra. *Los actos administrativos contractuales*. *Teoría del acto coaligado*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, Rodolfo Depalma, 1989, pp. 17 a 28.

el interés público en tanto es la causa final del principio de legalidad al que está sometida la Administración. Este planteamiento coincide con nuestro ordenamiento toda vez que las competencias discrecionales a la Administración Pública no son absolutas sino relativas por cuanto tienen su origen en la propuesta del legislador que, por ejemplo, para la elaboración de pliegos de condiciones, delega en el poder ejecutivo su concreción o materialización y sólo regula presupuestos generales[91].

Sin embargo, volviendo a Marín, es necesario reconocer que evidentemente no siempre está al alcance de la ley determinar con rigurosa precisión los *intereses generales* aplicables al caso en concreto a efecto de que sean ejecutados por la Administración a través del ejercicio de facultades regladas; entonces, si la ley no concreta el *interés general*, la inhibición de la norma hace que el acto administrativo tome la decisión, por lo tanto, será la Administración Pública la que termine por definir el *interés general*; pero eso sí, aclarándose que por vía de Constitución Política la Administración no está habilitada para decidir sobre el *interés general*, y por ello Marín agrega que la estructura o textura normativa de las disposiciones que regulan la actividad administrativa está evolucionando de manera progresiva hacia una menor densidad programadora de la misma, lo que conduce a un aumento de los ámbitos de discrecionalidad administrativa. Entonces, en aquellos casos en los cuales el *interés general* no está exhaustivamente precisado por la ley, la discrecionalidad administrativa –en opinión del autor– surge como autorización que se confiere, ya sea tácita o expresamente, a la administración para que previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso en concreto, encuentre una solución para el mismo intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, para lo cual se le confiere libertad al órgano otorgándole un poder discrecional.

[91] Sobre esta última afirmación las competencias discrecionales se mantienen con el numeral 5º del articulo 24 ley 80 de 1993, y el artículo 5º ley 1150 de 2007, pero esta competencia cambia para contratos de obra para proyectos de infraestructura terreste ya que se instauraron los denominados pliegos tipo que imponen las reglas de participación, y las reglas de selección objetiva.

En los mismos términos expuestos, para Gordillo [92] las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta que el particular debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso en concreto. Por el contrario, las facultades del órgano serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o actuar de una u otra manera. En esos términos para Gordillo la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficiencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en eso estriba la diferencia de las facultades regladas o discrecionales de la administración. En el primer escenario el Administrador sólo tiene que obedecer a la ley pues su conducta está predeterminada por una regla de derecho, no tiene libertad de elegir entre más de una decisión. En el segundo caso, la ley permite al Administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto, o cuál es el acto que se dictará ante una circunstancia. Se trata principalmente de la correspondencia entre el objeto del acto y las circunstancias de hecho exteriores a él; en un caso se precisan –facultades regladas– cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro –facultades discrecionales– el acto puede darse libremente ante cualquier situación de hecho; expresado de otra forma, en un caso se determina un sólo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho y en el otro se puede, con cierta amplitud, elegir la situación de hecho ante la que se adoptará la decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho. Frente a los límites de la discrecionalidad el autor agrega que ningún acto puede estar por encima del ordenamiento jurídico, y para ello hay unos principios que se deben respetar pero teniendo en cuenta que son limitaciones elásticas, vagas, imprecisas. Uno de los límites se denomina razonabilidad y puede ocurrir cuando: a) hay ausencia de fundamentos de hecho o derecho; b) no se tengan en cuenta hechos acreditados en el expediente, o públicos o notorios, o se funde en hechos inexistentes,

---

[92] Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. *Parte general*, 8.ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. X-9, X-10, X-11, X-21.

o c) no guarde proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.

Para Santofimio[93] hay un aspecto importante referido a la dinámica del funcionamiento del Estado y es aquél en el que se analizan las potestades de la administración en relación con la mayor o menor amplitud para sujetarse a la legalidad formal, o darle prevalencia a la satisfacción plena de los intereses estatales a través de mecanismos amplificadores de los criterios de acatamiento a la legalidad. De acuerdo con la doctrina, este principio de legalidad señala el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación llamada "facultades discrecionales", que en principio se entendió como el no acatamiento al orden legal, y por lo tanto, como la aceptación, por vía de excepción, del absolutismo y la arbitrariedad, y con una consecuencia adicional: si no hay norma legal, la administración puede regular lo necesario. Se agrega que el concepto contemporáneo reconoce esta atribución, pero su ejercicio sólo es posible ante la existencia de un precepto legal superior que habilite a la administración, o sea, el sometimiento al principio de legalidad.

En esos términos, para la doctrina consultada la potestad discrecional obedece a claras políticas legislativas que otorgan facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el *interés general*, todo ello de acuerdo con la realidad fáctica que se pretenda analizar. Y por ello agrega el autor, es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y se la atribuya a sus ejecutores, que son los funcionarios públicos.

Por su parte, Rodríguez Arana[94] sostiene que si la Administración dispone de una facultad discrecional para actuar en el marco del *interés general*, entonces es más que obvio que su actuación se debe realizar de acuerdo con el *interés general*. Por eso, en estos supuestos

---

[93] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de derecho administrativo*, "Acto administrativo", t. II, 4.ª ed., 2003, pp. 45 a 51.

[94] Jaime Rodríguez Arana. *El interés general*. *Derecho administrativo y estado bienestar*, Madrid, Syntagma Centro de Estudios Estratégicos, Iustel, 2012, pp. 29 a 96.

resulta bastante claro que, al actuar, la Administración debe aplicar los valores del Estado social y democrático de derecho al caso concreto, teniendo presente, claro está, de manera integrada, el *interés general* concreto establecido en la norma. En este caso el grado de la motivación es más intenso porque cuanto mayor es el marguen de discrecionalidad, mayores y más intensas serán las exigencias de motivación y justificación de los actos administrativos dictados en esas condiciones. Para Rodríguez Arana la dimensión amplia del *interés general* condiciona a la Administración Pública en sus actuaciones concretas de dos formas: como concepto legal o como poder discrecional. En este último caso la Administración dispone de un margen de apreciación en el que debe argumentar por qué se dan en la realidad las circunstancias de *interés general* que le permitirán desplegar su actividad. Cuando se trae a colación la discrecionalidad, es porque se involucra otra conceptualización y es el concepto jurídico indeterminado. Se asegura que la discrecionalidad se trata de que la Administración dispone de un margen de apreciación para seleccionar la opción que le parezca más favorable y adecuada al *interés general* entre varias legalmente válidas. Por lo tanto, en cada caso, a pesar de disponer de una expresa atribución de discrecionalidad, la Administración está obligada a la mejor de las posibles, la más eficiente, que evidentemente sólo puede ser una. Se agrega que el juicio de discrecionalidad es un juicio que debe hacer la Administración en el marco constitucional, y el marco constitucional le impone servir con objetividad el *interés general* y actuar con sometimiento a la ley y al derecho; en otras palabras, en estos casos la Administración debe buscar la solución más objetiva, que mejor atienda las exigencias de la justicia. No debe elegir sin más una de las que técnica y objetivamente puedan encajar de algún modo en el interés general, por lo tanto es fundamental que se pronuncie respecto de la más justa y la más adecuada. Agrega que la Administración actúa unilateral y bilateralmente, a través de actos y contratos que traen causa en las normas administrativas. Esa actuación en algunos casos requiere del ejercicio de poderes y potestades atribuidos por el ordenamiento jurídico en sentido amplio. Esos poderes y potestades deben estar justificados, motivados, razonados de acuerdo con la dimensión concreta del interés general. Es más, en aquellos supuestos en que la Administración actúa en régimen de exorbitancia es menester que el interés general concreto en que se amparan esos poderes o potestades se argumente respecto de la realidad y de acuerdo con la razón.

Volviendo a Marín[95] la discrecionalidad administrativa no es otra cosa que la valoración o apreciación que la Administración realiza de dicho *interés público*, y sostiene[96] que la discrecionalidad consiste en la determinación de aquella decisión que se debe adoptar para alcanzar la satisfacción del *interés público*, recurriendo al efecto de una comparación y atribución de valor a los distintos intereses involucrados en el supuesto examinado; a lo que se agrega[97] que la discrecionalidad es ante todo una ponderación valorativa entre intereses; concluyendo que la noción de *interés público* constituye el núcleo de la discrecionalidad administrativa o, en otras palabras, el *interés público* es un componente máximo de todo poder discrecional.

En tanto que para Desdentado[98], a pesar de sus diferencias, todas las concepciones de discrecionalidad coinciden en señalar como característica esencial la existencia de un margen de maniobra, de un espacio de indiferencia, en el que la Administración puede elegir entre diversas opciones aquella que le parezca más conveniente, realizando dicha elección mediante la apreciación de valores singulares. Esta definición tiene su posición crítica, ya que, por su carácter instrumental, la administración ha de servir el interés público y no de cualquier manera sino de la "mejor manera que esté a su alcance". Nos indica la autora que en Sainz Moreno la discrecionalidad administrativa está influida por su teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, de acuerdo con la cual no existe discrecionalidad, y no existe porque en la aplicación de dichos conceptos tan sólo cabe una solución justa y no una pluralidad de soluciones. En otras palabras, la Administración no tiene la facultad de elegir entre diferentes alternativas todas ellas justas, porque el concepto jurídico indeterminado permite una única solución válida. Se parte de la premisa de que toda actividad administrativa, y por lo mismo, toda actividad discrecional tiene por finalidad "la satisfacción del interés general", y este criterio actúa como criterio jurídico que condiciona toda la actividad de la Administración. De tal manera que así no haya sido totalmente reglada por la

---

[95] Marín Hernández. *Discrecionalidad Administrativa*, cit., p. 152.

[96] Ibíd., p. 153.

[97] Ibíd., p. 376

[98] Eva Desdentado Daroca. Ob. cit., pp. 64 y 65.

norma la actividad a cargo de la Administración, de todas maneras no se puede llegar a la conclusión de que se trata de una potestad no reglada, por cuanto "la vinculación de la actividad de la Administración a los fines que la justifican puede reglar con la misma intensidad que las ordenaciones legales la actuación administrativa y aun cuando esos fines no hayan sido fijados de forma concreta en la norma, la actividad administrativa siempre tiene por finalidad última la 'satisfacción del *interés general*". Agrega la autora que la noción de interés público es un concepto jurídico indeterminado, por lo tanto debe ser examinado en relación con el cumplimiento de la norma y en la situación que se aplique, y así será posible descubrir la unidad de solución inherente al concepto de interés público en cada caso.

Para Desdentado, el *interés público* no permite una elección entre diversas soluciones de las cuales pueda decirse que son igualmente válidas, pues unas son mejores o peores, y en esos términos una es mejor que las restantes. Por lo tanto, concluye que la "satisfacción del interés público" que guía el ejercicio de las potestades discrecionales impone a la Administración la elección de la medida más "adecuada" para lograr dicha finalidad, de forma que carece de la facultad de elegir entre soluciones posibles, todas ellas elegibles desde el punto de vista jurídico, y le corresponde, entonces, la obligación de elegir la solución más "adecuada" a las exigencias del interés público.

Según esta teoría "la Administración se limita a concretar el significado del *interés público* en cada caso, para lo cual no es necesario un acto de voluntad, sino únicamente de juicio, de discernimiento de la solución correcta en cada supuesto"; y por eso se trata de un experto (la Administración) que pone sus conocimientos al servicio de la ejecución adecuada de una idea, y no de un asunto de carácter político. Luego Desdentado aclara que la conclusión a la que llega Sainz, es que en un momento determinado hay una decisión que se vuelve intangible y debe ser respetada, y es cuando en el ejercicio de las potestades discrecionales aparece un núcleo que consiste en que la autoridad administrativa puede elegir la "solución que más adecuada le parezca al *interés público* y que tiene un intangible que ha de ser respetado". Desdentado recuerda la teoría clásica de la discrecionalidad según la cual el ámbito de decisión no es susceptible de control judicial, en tanto que el control judicial del *interés público* sólo elimina las decisiones arbitrarias; y aquí se presenta una contradicción, pues este presupuesto ya no implica que la Administración adopte la mejor decisión, y por

supuesto que en el ejercicio de toda potestad discrecional exista una única solución, que es la que la Administración tendría la obligación de adoptar, "pues cualquier decisión fundada o razonable debería ser respetada como válida".

Para Desdentado[99], si efectivamente la potestad discrecional no confiere a la Administración la facultad de elegir cualquiera de las soluciones posibles, sino que, por el contrario, el ordenamiento ha atribuido a la Administración precisamente dicha potestad con la finalidad de que, teniendo contacto directo con los hechos, las circunstancias y las peculiaridades de la situación concreta, adopte la mejor solución posible para la satisfacción del concreto interés público protegido, bastará con probar que la decisión no es la mejor, en el sentido de la más adecuada para la satisfacción del interés público, para que deba ser declarada ilegal y, por tanto, anulable por los tribunales. Entonces, de acuerdo con lo expuesto, la discrecionalidad no puede consistir más que en el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público, y en esos términos la potestad discrecional no puede ser simplemente cualquiera que no sea arbitraria, sino aquella que sea plenamente adecuada al interés público, y en esa medida, para Desdentado, la concepción de discrecionalidad es todo lo contrario a lo que siempre ha sido, la obligación de elegir entre alternativas igualmente válidas, para redefinir el concepto como "la obligación de elegir una única solución adecuada al *interés público*".

Pero luego la autora consultada advierte[100]:

> Esta visión de la Administración y de la discrecionalidad no es hoy sostenible. En un Estado como el actual, caracterizado por la complejidad social, es habitual la atribución de importantes decisiones, no puramente jurídicas ni técnicas, a la Administración. La ley cuando atribuye potestades discrecionales a la Administración la está configurando a estos efectos como un centro de decisión, está compartiendo con ella la tarea en que consiste la adopción de políticas de actuación y de elección de los medios para llevarlas a cabo. Ni la administración es un mero órgano ejecutor, ni la discrecionalidad es equivalente a la

[99] Ibíd., p. 68.

[100] Ibíd., p. 69.

> interpretación y aplicación de la ley. No es esa la esencia de la discrecionalidad. Si la función de la atribución de discrecionalidad por el legislador a la Administración fuera que ésta se limitara a realizar una labor de interpretación y aplicación de la ley, no habría sido necesaria la configuración de la potestad como discrecional.

En la división de poderes que caracteriza un Estado de derecho, Desdentado señala[101] que cada titular de poder dispone de una esfera de actuación que le es propia y que debe ser necesariamente respetada por los restantes titulares del poder, para la actuación de los cuales opera como un límite, y así aunque un poder puede tener atribuido el control sobre otro, ello no quiere decir que en ejercicio de ese control termine usurpando el lugar que legítimamente le corresponde al otro. Así que cada titular de poder dispone de un ámbito propio en el que las decisiones que se adopten tienen un carácter final o concluyente, en la medida en que ningún titular de poder está legitimado para sustituir dichas decisiones por las propias. Y es en la competencia discrecional donde se ve reflejada la esfera propia del titular, que es diferente según el tipo de función que se desarrolle.

[101] Ibíd., pp. 70 a 84.

3. El interés general como concepto jurídico indeterminado y fin en el Estado Social de Derecho

En referencia al concepto de la prevalencia del interés general Wunder Hachem[102] nos recuerda que el modelo liberal del Estado se encontraba marcado por el individualismo[103], en donde le competía a la Administración un papel negativo, correspondiéndole exclusivamente evitar la perturbación del orden público y asegurar el ejercicio de libertades, y esa falta de intervención derivó en la acentuación de las desigualdades entre los individuos y en especial el abuso del poder económico, en donde se conmina al Estado a intervenir en función del interés general para restringir el ejercicio de derechos y libertades de individuos, grupos o clases[104].

---

[102] Daniel Wunder Hachem. *Principio constitucional da supremacía do interesse publico*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011, pp. 44 a 47.

[103] Cuando Wunder Hachem sustenta el concepto de Estado señala que se deriva de *status*, que en un principio significó poder que proviene del estatus de la persona, y en ese sentido es poder personal. Agrega que el Estado constituye el soporte neto del poder, y llega a significar la fuerza física como *ultima ratio*. En el Estado se concentra todo el poder, distinción que se desprende del axioma gobernantes y gobernados. Además, el poder permite diferenciar la sociedad civil del Estado, y no permite generar diferencias, o mejor, anula las diferencias cualitativas, tales como edad, sexo, estatus, riqueza, y en conclusión todos son iguales al verse desposeídos del poder que se concentra todo en el Estado. Lo anterior genera consecuencias negativas en temas de convivencia, pues no reconoce las múltiples y variables relaciones que construyen el entramado social, reduciéndola a una sola categoría, gobernantes y gobernados. En últimas, poder es la capacidad de imponer la voluntad de uno contra la del otro, y el poder aumenta o disminuye según incluya más o menos gente. En la noción moderna del Estado se concentra todo el poder en lo que se denomina "la soberanía", que implica un poder absoluto y no conoce límites que provengan de la sociedad. En conclusión, el poder disuelve a la sociedad en una suma de individuos. Ignacio Sotelo. *El Estado Social*. *Antecedentes*, *origen*, *desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, pp. 22 a 25.

[104] Con respecto al modelo liberal Duverger sostiene que el término liberal toma sentido moderno en el siglo XIX, cuando se difunde la ideología liberal, cuando se forman los partidos liberales contemporáneos, cuando se instauran progresivamente las instituciones liberales. Agrega que la ideología liberal se construye con las teorías del inglés John Locke en el siglo XVII y las de los filósofos franceses del siglo XVIII, y las consecuencias políticas se reflejan en las revoluciones norteamericana y francesa. En la declaración de los Derechos del Hombre y del

Magdalena Correa[105] explica que en la Constitución Política el interés general[106] es una cláusula central en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho, de los

---

Ciudadano de 1789, las palabras libertad e igualdad expresan lo esencial de la ideología liberal que es individualista, basada en el interés personal, "que ella afirma que es el mejor medio de realizar el interés general". Se aclara que la libertad y la igualdad corresponden a estructuras sociales precisas para sustituir las estructuras aristocráticas y monárquicas. Al decir que los hombres nacen iguales quiere decir que nadie puede beneficiarse por herencia de derechos o privilegios que los coloquen por encima de los otros; entonces, si todos los hombres son iguales ninguna autoridad exterior a ellos puede imponerles obediencia, puesto que tal autoridad no existe, y por lo tanto, nadie puede ejercer el poder más que con el consentimiento de los ciudadanos, que le delegan el derecho de mandarlos, y es través del sistema electoral. Este autor eñala, además, que la libertad y la igualdad presentan dos caracteres fundamentales y es que son puramente jurídicas, o sea, en derecho para suprimir los privilegios de la nobleza; y las que implican solamente una abstención del Estado, en donde apuntan a impedir su intervención en la actividad de los ciudadanos, y ello incluye que se les deje producir, vender, y comprar para que sean libres económicamente; por lo tanto, la concepción de igualdad y libertad conduce únicamente a la limitación de los gobernantes. En el liberalismo se encuentra otro elemento, el económico, que propone la libertad de empresa pero también la libertad de comercio lo que implica, ante todo, la libertad de competencia, conocida como la "Ley del mercado", en la cual hay una circulación de bienes sin que sean intervenidos por el Estado. Maurice Duverger. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 3.ª reimp. Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 195 a 205.

En tanto para Balbin el derecho administrativo está sujeto a revisión a través de un nuevo paradigma: el Estado social y democrático exige complementar las viejas instituciones que provienen del Estado liberal de derecho, con lo cual es necesario repensar los principios, reglas e institutos propios del derecho administrativo. Para este otro autor bajo esa concepción, no se debe analizar el derecho administrativo desde el poder sino desde los derechos fundamentales, los cuales se convierten no sólo en límite del poder sino en su justificación, y agrega: "Pues bien, el derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa", lo que tiene como consecuencia la "prohibición del exceso" con la aplicación del principio de proporcionalidad. Una primera conclusión es que ya no es posible estudiar las funciones estatales prescindiendo de los derechos fundamentales. Cfr. Carlos F. Balbin. *Manual de derecho* administrativo, cit., pp 34 a 38.

[105] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 398 a 403.

[106] Este autor define el interés público como aquel que reconoce y satisface derechos individuales, sociales y colectivos por ser una actividad estatal, y agrega que el Estado sólo debe intervenir para garantizar el ejercicio cierto de los derechos, así que el contenido del interés público, también llamado colectivo, es simplemente el núcleo y extensión de los derechos de las personas. Por lo tanto, sostiene que el interés colectivo no es un

derechos y libertades, de las competencias y habilitaciones, de los límites, restricciones y controles que en aquel se contienen, de allí que el artículo 209 constitucional imponga que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, lo cual no implica que sea el empresario quien deba perseguir dicho interés, sino que de manera indirecta dicho interés particular redunda en beneficio del interés general[107].

En ese contexto, para la autora[108] el bien común se convierte en una limitante para las libertades económicas previstas en el artículo 333 de la Constitución, en tanto que la noción de interés general prevalece sobre la noción de interés particular, como principio fundante del Estado social de derecho, y que se traduce en toda exclusión de actos de autonomía que estén por fuera del bien común aunque se trate de actividades económicas lícitas. Al consagrar el bien común como límite de la iniciativa privada, se justifican las intervenciones y restricciones a dicha libertad, necesarias para la convivencia y para eliminar actos de arbitrariedades o invasiones a los ámbitos esenciales de la libertad o de la igualdad o de ambas. Aclara Correa que la prevalencia del interés general sobre el particular está de todas maneras limitada por el reconocimiento de los derechos fundamentales; sin embargo, en la tensión entre el interés general y las libertades económicas, la prevalencia opera de manera inmediata y directa casi sin consideraciones. Por otra parte, acota que al incrustar el derecho

---

concepto vago e inasible, o aquel interés cuyo contenido el Estado puede definir de cualquier modo, sino que está compuesto necesariamente por los derechos de las personas. Considera que el interés público está limitado por el ordenamiento jurídico vigente, y en cuanto a límites materiales y formales este proceso le corresponde al legislador. A continuación refiere un caso del Tribunal Constitucional Argentino que trae a colación la posición de la Corte Interamericana (CIDH) donde dio pautas interpretativas sobre el bien común y, sobre todo, para evitar que la mera invocación de intereses colectivos sea utilizada arbitrariamente por el Estado. Cfr. Carlos F. Balbin. *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 60 a 62.

[107] Y es tan claro el planteamiento de la doctrinante que la legislación colombiana contempla que el particular contratista es un colaborador de la administración y ello tiene consecuencias jurídicas; por ejemplo, con respecto a la fase de selección de contratistas el Consejo de Estado ha señalado que en la etapa de planeación el interesado debe advertirle a la administración las fallas en las estructuración del proyecto (art. 3.º Ley 80 de 1993). Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2015, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, expediente 51.489.

[108] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 745 a 754.

fundamental a la libre empresa en el concepto jurídico indeterminado denominado *interés general* o *bien común* se le amplían las opciones al legislador al momento de diseñar las limitaciones a dicho derecho, dando cabida a la formulación de límites implícitos o no expresos, claro, siempre que cualquier definición que se adopte del bien común esté dentro del marco de la Constitución Política; sin embargo, se debe aclarar que la prevalencia del interés general sobre el particular no puede significar que en todos los casos en que sea ejercida la libertad económica prevalezca el interés general o, en otras palabras, que la subordinación de la iniciativa privada a dicho interés sea *a priori*, sino que debe ser resultado de una verdadera confrontación y valoración entre las dos categorías constitucionales. En conclusión, el *interés general* y el *bien común* no se pueden considerar por sí solos como finalidades legítimas para la limitación de la libertad económica o de empresa, sino como principios articuladores de la limitación del derecho, cuya consistencia jurídica se debe lograr mediante la apelación a valores, principios, derechos o instituciones de orden constitucional cuyos contornos y exigencias se puedan apreciar como causa eficiente y suficiente para reducir la libertad (y la igualdad) reconocida para actuar como empresario en el mercado[109].

---

[109] Señala Luciano Parejo que en su artículo 103.1 la Constitución española establece que la Administración pública sirve a los intereses generales (cuyo referente en nuestra Constitución es el art. 209). Agrega que el concepto de interés general expresa el fin mismo de la Administración pública en cuanto a poder público operando como justificación, y simultáneamente como límite de la actuación administrativa (como en Colombia cuando la Ley 80 de 1993 establece en su artículo 3.º que los contratos estatales están para el cumplimiento de los fines estatales). Advierte que el interés general opera como una cláusula general o un concepto abstracto y formal, en tanto que su función es: 1) Representar cualquier objetivo, fin, valor y bien jurídico por la comunidad constituida, y 2) Expresar cualquiera de los resultados posibles a cargo del poder público para la satisfacción de las necesidades colectivas, por lo cual concluye: "Se trata, por ello mismo, de una categoría genérica o tipo, un concepto sin un contenido material preciso, pero cuyo grado de precisión es variable –se va incrementando– en función y a lo largo del estadio del referido proceso de integración del ordenamiento: norma legal y/o reglamentaria; en su caso, planificación; y el caso en concreto". Agrega que en esos términos, conforme al ordenamiento constitucional, la Administración pública está obligada a servir los intereses públicos determinados por los poderes públicos de acuerdo con sus competencias: el constituyente en la Constitución Política; el legislador en la ley; la propia Administración pública en los reglamentos y, en último término, actos concretos; el Tribunal Constitucional, en la doctrina constitucional; el poder judicial, en su jurisprudencia.

Puntualiza que desde el punto de vista del Estado democrático y social es clara la reserva por el pueblo de la soberanía, y de allí la vinculación de la Administración pública a la ley, donde el legislador define en cada caso y en cada momento cómo el interés general o público programa la actividad administrativa. Respecto de la definición de interés general sostiene que hay una dificultad para precisar su contenido por la falta de homogeneidad, y la radicación de su fuerza más en la capacidad de desempeño de una función en la vida política y social a través de la evocación, que es la cristalización conceptual de su significado preciso. Por eso, para el autor se entiende así su previsión primaria en forma de cláusula general; forma que es condición de su función. De conformidad con el orden constitucional, esta cláusula general se debe desplegar en el curso continuado y permanente de integración del ordenamiento jurídico; curso que para su resolución y satisfacción requiere la identificación y determinación de los problemas sociales y las necesidades colectivas respectivamente. Y agrega: "Por ello, el grado de imprecisión del concepto es variable en función del estadio del proceso de integración del ordenamiento: mientras que el legislador cuenta con una gran libertad, en cuanto opera directamente a partir de la CE, el complejo orgánico que tiene encomendada la función ejecutiva y, en particular, la AP intervienen ya –como regla general– sobre la base de su concreción legislativa y, por tanto, obligadamente dentro de los márgenes que resulten de los términos de la norma pertinente. Tal concreción puede ser –y de hecho es– diversa, dando lugar a potestades ejecutivas y administrativas de configuración distinta (discrecionales y regladas, ambas en grado variado)". Por eso sostuvimos para el caso colombiano que la competencia en materia de contratos públicos es discrecional cuando se trata de definir los contenidos de los pliegos de condiciones, la base de condiciones técnicas y de requisitos de participación. Trayendo a colación a García Pelayo el autor sostiene, al establecer la vigencia del interés público frente al privado, que el primero se da cuando el objetivo que debe ser atendido por una actividad afecta a una organización política o administrativa como totalidad y no puede ser logrado más que con esa totalidad. Por otra parte, aclara que en sentido más estricto la noción de interés general se refiere a los bienes jurídicos protegidos imputables a la colectividad cuya tutela corresponde a los poderes públicos, en cuanto gestores cabales de los intereses del común y no pertenecientes a la esfera propia de los sujetos privados. Y en esa significación más estricta, el interés general se identifica con el interés público y se contrapone al interés particular y privado. Para resolver la relación entre el interés público y el interés privado, propone dos reglas generales que gobiernan esta relación: 1) La exigencia inherente al Estado de derecho de la sumisión del poder público al ordenamiento con interdicción de la arbitrariedad, y 2) La supremacía del interés general o público sobre el interés privado o particular que se deriva del mismo Estado de derecho (nuestro ordenamiento tiene norma expresa que consagra este principio de rango constitucional con el art. 1.º de la Constitución Política). Cfr. Luciano Parejo Alfonso. *Manuales*. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 257 a 258, y 711 a 718.

En el mismo sentido Rodríguez Arana[110] señala que el *interés general* es el fin único de la Administración y para que sea legítimo dicho fin debe motivarse, argumentarse. La persecución del interés público que caracteriza la actuación administrativa comprende el respeto de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, lo que se interpreta como el interés general en sentido amplio, pues se trata de la protección de los derechos e intereses legítimos que es integrante del Estado social y democrático de derecho, como serían, por ejemplo, los derechos fundamentales.

[110] Jaime Rodríguez Arana. *El interés general*. *Derecho administrativo y estado bienestar*, Madrid, Syntagma Centro de Estudios Estratégicos, Iustel, 2012, pp. 29 a 96.

La mención de que el interés general es un concepto jurídico indeterminado[111] nos obliga a consultar la doctrina respecto de cuál es su significado, y en ese sentido Marín[112] aclara, en

[111] Señala esta autora respecto del uso que se hace en el Derecho de las cláusulas del tipo "diligencia debida", "debido cuidado", "buen padre de familia" (y nosotros agregamos "el interés general"), que se trata de conceptos que utilizan una técnica normativa distinta a la determinación de concretos deberes de acción, una técnica que consiste en la definición de responsabilidades. Se trata de conceptos con un alto grado de indeterminacion y que operan como una especie de delegación a los destinatarios para que especifiquen las pautas señaladas en las normas; en otras palabras, se deja a los individuos la tarea de valorar las pretensiones sociales que puedan surgir de forma no anticipada y de obtener así un razonable equilibrio entre ellas. Explica la autora que la indeterminación de estos conceptos se traduce en que las condiciones de aplicación del término varían dependiendo completamente del contexto, de las circunstancias particulares de los casos a los que hayan de aplicarse, y por ello, dado que no se puede determinar qué combinación de circunstacias se presentará tampoco se podrá prever qué intereses tendrán que ser sacrificados o en qué medida. Por lo tanto, para su aplicación estos conceptos exigen que se lleven a cabo unas valoraciones que implicarán tomar en consideración cómo se pueden ver afectados los distintos intereses en juego a la luz de las circunstancias de cada caso, como juicios de adecuación técnica, del tipo de medios que son adecuados para conseguir determinado fin, de nuevo a la luz de las circuntancias de cada caso. Concluye la autora que lo que hacen estos conceptos es apuntar a un tipo especial de deberes, aquellos que suelen llamarse "responsabilidades" y que se contrapondrían a los de mera acción u omisión. En otras palabras, estos conceptos jurídicos indeterminados son normalmente utilizados por el derecho como una técnica normativa para definir cómo se deben desarrollar las responsabilidades, entendidas estas como los deberes propios, y que haría referencia a cualquier asignacón de funciones que pueden ser institucionalizadas (como sería en nuestro criterio el concepto de interés general). Hart señala que "Siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignan deberes específicos para promocionar el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de una organización, se puede decir con corrección que esta persona es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Tales deberes son responsabilidad de la persona" (para nosotros de eso se trata cuando en contratación estatal se habla del interés general, por cuanto constituye el fin del contrato público, de tal manera que el funcionario público ordenador de gasto tiene la responsabilidad de concretar este interés general cuando define, por ejemplo, el objeto del contrato que pretende celebrar, su responsabilidad es que ese objeto sí cumple fines estatales en función del interés general). La autora vuelve sobre Hart y señala que este insiste en que no todos los deberes se pueden calificar de responsabilidades, se trata sobre todo de aquellos que tienen un tipo relativamente complejo y amplio que requiere cuidado y atención a lo largo de un prolongado periodo, y agrega la autora que se trataría de aquellos deberes que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos (que, siguiendo con nuestra investigación, se trata de la función administrativa al servicio del interés general, y estando el contrato estatal como un desarrollo de la función administrativa, supone entonces este concepto jurídico de interés general como una responsabilidad de quien está a cargo de la contratación pública para que persiga dicho fin). Por lo tanto, para LIFANTE VIDAL la abribución de responsabilidades suele ir acompañada de una regulación de conducta de una manera particular que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atibuir al destinatario el poder –deber– de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener; se trata, entonces, de normas fin (en nuestro criterio el contrato estatal se trata de lo mismo, de una norma fin, por cuanto impone al servidor público, como ordenador del gasto, derminar lo más conveniente en término de contratos para asegurar lo más adecuado para la comunidad). En esos términos, para la autora el derecho suele regular la conducta a través de técnicas normativas que no determinan de antemano las concretas acciones a realizar sino los fines a perseguir o proteger, y operan como una especie de delegación del poder discrecional para que sean los destinatarios de las normas los que, a la luz de las circunstancias de cada caso, adopten las medidas más adecudas para dicho fin, y para ello habrá que llevar a cabo razonamientos de adecuación medio a fin y razonamientos ponderativos, que van más a allá de la subsunción, pero que no están exentos de la posibilidad de un control racional. Isabel Lifante Vidal. "Sobre los conceptos jurídicos indetermindos. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho", Universidad de Alicante, pp. 1-19, disponible en

primer lugar, que tanto en España como en Alemania se diferencia cualitativamente la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, señalando para esta última como definición la "pluralidad de soluciones justas", en tanto que para el concepto jurídico indeterminado se trata de una "unidad de respuesta correcta a los problemas jurídicos en que han de ponerse en práctica". En lo que tiene que ver con el entendimiento del *interés público* muchos lo consideran el núcleo esencial de la *discrecionalidad*; sin embargo, una parte de la doctrina lo considera un *concepto jurídico indeterminado*, cuya consecuencia se evidencia en la

> … inexistencia de discrecionalidad alguna en el actuar de la Administración Pública como consecuencia de la absoluta incompatibilidad entre un *interés público* configurado como concepto jurídico indeterminado y el concepto mismo de discrecionalidad que la entiende como libertad de elección entre varias alternativas de solución todas ellas ajustadas a Derecho, al menos si se confiere a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados el alcance descrito, esto es, el de fuente de una única solución justa a cada caso en que los mismos se aplican.

Sainz Moreno[113] plantea distintas posiciones frente al interés público: por una parte, la decisionista, según la cual es válida cualquier decisión que la Administración tome, en contraposición a la racionalista, para la cual el interés público es resultado de un juicio respecto de las posibles soluciones a cada caso, con lo cual sólo será válida aquella que responda a la idea que el concepto expresa. Para Sainz Moreno la solución justa genera una aproximación entre las dos concepciones como quiera que fuerza la concesión de un margen de apreciación a favor del operador jurídico en virtud de la cual la decisión que este adopte será aceptable siempre que no exceda dicho margen, es decir, que no sea manifiestamente

---

[https://www.academia.edu/39211507/Sobre_los_conceptos_jur%C3%ADdicos_indeterminados._Las_pautas_de_conducta_y_diligencia_en_el_Derecho].

[112] Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad administrativa*, cit., p. 250 y 251.

[113] Fernando Sainz Moreno. "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 8, 1976, pp. 70 y 71; ÍD. *Conceptos jurídicos*, *interpretación y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 321 y 322, citado por Hugo Alberto Marín Hernández. Ob. cit., pp. 250 a 257.

irrazonable, arbitraria o mal estudiada. Para Marín el reconocimiento de un margen de apreciación en la aplicación del concepto jurídico indeterminado "interés público", le permite argumentar, como lo hace Sainz Moreno, que esa misma dificultad da lugar al surgimiento de discrecionalidad o posibilidad de optar entre varias soluciones igualmente justas; a lo cual aclara que este autor expresa lo contrario, pero a su vez admite

> … que no parecen existir diferencias *cualitativas* entre la naturaleza jurídica de la decisión que se adopta en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado y la de la solución elegida por el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional…

Y así lo expresa Sainz Moreno quien sostiene que "el núcleo de la discrecionalidad consiste en que quien decide puede elegir la solución más adecuada que se parezca al interés público (principio de oportunidad)"; por lo tanto, la Administración debe atenerse a respetar valores como el "principio de interdicción de arbitrariedad", y en esos términos concluye:

> … la concepción de interés público como concepto jurídico indeterminado ciertamente conduce a la reducción de aquella (se refiere a la discrecionalidad) a los supuestos en los que no resulte posible demostrar –relevancia de la prueba a estos efectos– cuál es la única solución correcta, eventos en los cuales el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar por válida la solución que la Administración elija de entre varias posibles para el caso examinado.

Con lo cual el concepto de discrecionalidad no desparece sino que, por el contrario, subsiste.

Para Corvalán[114], se habla de discrecionalidad cuando la aplicación del derecho requiere de la Administración una actividad cognitiva o de constatación; entonces, la indeterminación

---

[114] Juan Gustavo Corvalán. *Derecho Administrativo en transición*. *Reconfiguración de la relación entre la Administración*, *las normas y el poder judicial*, cit., pp. 100, 107 a 108, 119 a 120. El autor también define el concepto jurídico indeterminado como aquel que permite construir una única solución justa, y da como ejemplo la oferta más conveniente en las contrataciones estatales, las faltas graves o leves en el derecho disciplinario, el personal más idóneo en la función pública y la utilidad pública en la expropiación. Esta postura coincide con la aplicación del principio de selección objetiva consagrado en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado

podría estar presente en el antecedente del hecho de las normas o en el consecuente (solución), y por ello se concibe la discrecionalidad como un fenómeno unitario. Pero existen variables de esta teoría, aunque lo fundamental es que se coincide en que lo que genera cierta discrecionalidad o cierto margen de apreciación, es la incorporación en las normas de algunos conceptos normativos indeterminados. Agrega que la diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados se presenta de modo nítido en la tesis de Forsthoff como resultado de dos operaciones lógicas, en el ejercicio de la potestad discrecional y en la elección de varias formas de comportamiento; en cambio, los conceptos jurídicos indeterminados presuponen que sólo hay un comportamiento que responde a sus fines y a esta única solución se arribaría por interpretación. Luego se señala que para Forsthoff la escisión entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados no es tan tajante y pone como ejemplo el concepto de valor, que a su vez estaba representado por el interés público, es decir, los conceptos de valor, que son conceptos discrecionales, podrían ser convertidos en conceptos jurídicos indeterminados; sin embargo, también se reconoce la posibilidad de que un concepto pueda tener una doble significación: como concepto discrecional y como concepto interpretativo (concepto jurídico indeterminado). Señala Corvalán que en Argentina y España el llamado principio de la única solución justa suele ser el justificativo para interpretar y aplicar los llamados conceptos jurídicos indeterminados. Entonces, se argumenta que el concepto se da o no y, por ello, la autoridad administrativa tiene ante él una única solución justa posible y da como ejemplo que si se trata de determinar, en un caso concreto, la "honorabilidad" de un sujeto para acceder a un beneficio o a una autorización, sólo puede existir una única respuesta acertada: el solicitante es honorable o no lo es.

---

por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018, en cuanto que la selección objetiva es la selección de la oferta más conveniente y la doctrina nacional considera que no se trata de un principio sino de una regla, en donde el Estado sólo puede escoger la oferta que mejor ofrezca las condiciones técnicas, financieras y económicas. Cfr. Carlos F. Balbin. *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 229 y 230.

Por su parte García de Enterría y Ramón Fernández[115] señalan que los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca (la mayoría de edad, el plazo para interponer recursos, la jubilación), en tanto con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (buena fe); la ley no precisa con exactitud los límites de esos conceptos porque no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de su aplicación. Agrega que al estar refiriéndose a supuestos concretos no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Para los autores se trata de lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición; pero se aclara que la "unidad de solución justa" no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación de lo que el concepto apunta; lo que quiere decir es que, en caso dado, la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, mejor dicho, no puede ser las dos cosas al mismo tiempo; como ejemplo para el derecho civil está la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, la negligencia; para el penal se destacan la alevosía y los abusos deshonestos; para el procesal la pertinencia y relevancia de las pruebas, y el perjuicio de reparación; para el mercantil el interés social y la diligencia del buen comerciante; se trata sencillamente de una técnica general e inexcusable, cuya determinación final entra en las facultades de cognición de los hechos y de la interpretación de las normas propias de toda jurisdicción.

---

[115] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo I*, 1.ª ed. argentina anotada de la 12.ª ed., con notas de Agustín Gordillo, Thomson Civitas, La Ley, 2006, pp. 460 a 471.

El asunto a señalar es que el concepto jurídico indeterminado sólo permite una única solución justa, y en contraste el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas; en otras palabras, permite decidir entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho. La discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas. En los conceptos jurídicos indeterminados se trata de la aplicación de la ley, pues se busca subsumir en una categoría legal. Para García de Enterría y Ramón Fernández los conceptos de urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa "apreciación por juicios disyuntivos" de las circunstancias concurrentes. Para esa doctrina, mediante la profundización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la idea de discrecionalidad tiende a reducirse de forma importante.

Marín[116] sostiene que en la doctrina española hay autores que consideran que el *interés general* es un concepto jurídico indeterminado por lo tanto supone que no existe más que una solución justa admitida por el ordenamiento: no cualquiera que se ajuste al interés general sino la mejor, y por ello para estos autores conceptos como necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas sino una única solución en cada caso. Con respecto al control judicial en relación con el *interés general* señala Marín[117] que estará supeditado a garantizar el "principio de interdicción de la arbitrariedad"[118], y donde sólo se controlarán aquellas soluciones arbitrarias, por ello para dicho control se torna importante en el proceso la constitución de la prueba.

---

[116] Hugo Alberto Marín Hernández. Ob. cit., pp. 258 y 260.

[117] Ibíd., pp. 255 y 256

[118] Esta misma posición ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sentencia del 5 de junio de 2008, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, expediente n.º 8431.

Marín[119] sostiene que la noción de *interés público* opera como límite negativo del ejercicio de facultades discrecionales, pues tiene la facultad de "… excluir del abanico de posibilidades a contemplar por la Administración al momento de decidir, aquellas que resulten arbitrarias, ilógicas e irracionales". Y es importante esta posición por cuanto dicha noción de *interés público* se constituye en una importante herramienta para el control judicial de la discrecionalidad administrativa, limitando el ejercicio del juez a una labor "simplemente anulatoria", si la decisión administrativa previa no resulta lógica, es arbitraria o irrazonable.

Luego plantea que otra cosa muy distinta son aquellos casos en los cuales el caudal probatorio disponible hace evidente que, conforme al ordenamiento jurídico, de las soluciones que se plantean como alternativas sólo hay una para atender el *interés público*; se trata de aquellos casos que la doctrina ha denominado "la reducción a cero" de la discrecionalidad, en los que

> … el control jurisdiccional puede traspasar el ámbito estrictamente negativo inicial, para llegar hasta la sustitución de la decisión administrativa previa, por imponerlo así tanto la coherencia del fallo judicial con la realidad probatoriamente desarrollada dentro del proceso, como –y especialmente– el derecho de la tutela judicial efectiva de los intervinientes en el mismo.

Para Marín la catalogación del interés público es un concepto jurídico indeterminado –catalogación que ve correcta siempre y cuando se mantenga en los términos descritos–, es decir, un criterio delimitador del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, que excluye como jurídicamente posibles aquellas actuaciones que no convengan a su realización y solamente permite el control judicial positivo cuando las pruebas claramente reduzcan a cero la discrecionalidad y a una única solución posible al caso en concreto. Por lo tanto, para Marín, la diferencia entre las dos instituciones es simplemente de grado o cuantitativa pero nunca estructural, y agrega:

> El margen de decisión del que acabará disponiendo la Administración dependerá, en últimas, de la densidad de la programación normativa que de su actividad hagan las normas

[119] Hugo Alberto Marín Hernández. Ob. cit., pp. 267 a 272.

> reguladoras correspondientes y de las circunstancia fácticas que puedan probarse dentro del procedimiento administrativo –y eventualmente en el posterior proceso judicial–, pero estos dos aspectos se darán tanto en aquellos casos en que las normas habilitantes de la facultad ejercida por la Administración contienen conceptos jurídicos indeterminados, como aquellos en los que incluyen fórmulas de las tradicionalmente consideradas atribuidas de discrecionalidad o, simplemente, poseen una densidad regulativa tan baja que dejan un amplio margen de autoconfiguración de sus líneas de actuación al órgano administrativo competente. En esos términos el control jurisdiccional deberá limitarse a la exclusión de soluciones irrazonables o arbitrarias, pues podría el juez sustituir el criterio de la administración por el suyo propio.

En texto reciente se vuelve a pronunciar respecto de esta posición jurídica frente al interés general[120] y sostiene que la discrecionalidad se entiende como un espacio o un ámbito de decisión no regulado, o regulado apenas de forma parcial, por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador ha decidido otorgarle a la Administración con el propósito de que esta decida libremente, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles; esto es, se trataría de indiferentes jurídicos. Luego advierte, como ya lo ha expresado antes, que tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden el mandato constitucional que fuerza a que toda decisión o actividad se adopte en el propósito de servir al interés general (art. 209 C.P.), sino que no encajan en el concepto de Estado social de derecho, pues esa libertad de elección está sometida a criterios objetivos, razonables y proporcionales, ya que lo contrario puede generar decisiones arbitrarias. En esos términos concluye que por ello defiende las denominadas definiciones materiales o positivas de la discrecionalidad, en las cuales el interés general no está exhaustivamente precisado por la ley, y las facultades discrecionales comportan una autorización que le confiere a la Administración para que, previa ponderación de todos los principios, intereses, derechos o bienes jurídicos comprometidos en cada caso concreto,

---

[120] Hugo Alberto Marín Hernández. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Colección Serie Derecho Administrativo 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 39 a 45.

encuentre una solución para dicho interés general, intentando "elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público".

El Consejo de Estado[121] decidió la demanda de nulidad contra los términos de referencia de un concurso de méritos para la escogencia del intermediario de seguros del programa de seguros de una entidad estatal, y provechó la ocasión para conceptuar respecto de los conceptos jurídicos indeterminados como el interés general. Se trata de una categoría que se conecta con la figura de la discrecionalidad administrativa, por ejemplo incluyéndola dentro de una clasificación del género de la atribución de márgenes de relativa libertad de decisión en los casos en concreto en competencias propias de la Administración Pública, y que para el caso de los conceptos jurídicos indeterminados se trata de la idea o principio de unidad de respuesta correcta, es decir, frente a la solución de un problema jurídico la Administración debe estar en condiciones de encontrar una única solución jurídicamente admisible para cada caso en concreto.

Luego la Corporación entró a estudiar la relación entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, y para ello señaló lo que se denominan conceptos jurídicos determinados, es decir la mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso; los conceptos numéricos, o sea los que expresan cantidades, que serían aquellos que están exentos de adolecer de algún grado de indeterminación; en contraste están los conceptos indeterminados que aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de un sólo enunciado, y dio como ejemplos la buena fe, el buen padre de familia, la confianza legítima, pero se advierte, que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos. La pregunta que formuló el Consejo de Estado es si es posible asegurar que en todos los casos en que se aplica un concepto jurídico indeterminado es factible encontrar una única solución justa, dado que el concepto se da o no se da, en atención a que la existencia de márgenes de apreciación a favor del aplicador de la norma supone la admisibilidad de hallar más de una solución ajustada a derecho.

---

[121] Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059.

Para el Consejo de Estado entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa existe una diferencia apenas gradual, no cualitativa o radical, en la medida en que, según las circunstancias del caso concreto, tales conceptos indeterminados pueden constituirse en fuente de discrecionalidad administrativa, pero aclarando que ello no ocurrirá en aquellos supuestos en los que el concepto jurídico indeterminado provea al operador jurídico –administrativo o judicial– de suficientes elementos de juicio como para poder tener por acreditado que el caso se encuadra, sin lugar a dudas, en alguna de las zonas de certeza– positiva o negativa– del concepto, con lo cual, este claramente se aplica o se inaplica; y puntualiza que es lo que sucede en los casos dudosos, penumbrales, o neutros, los que caen en la zona o halo de incertidumbre del concepto, en los que una decisión estrictamente lógico-deductiva no es posible, y se hace necesario recurrir a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad, etcétera, lo mismo que cabe esperar que realice el operador jurídico que ejercita una facultad discrecional.

4. El interés general en el contrato estatal

Respecto del principio del *interés público* Expósito[122] lo convierte en la finalidad de los contratos, y como tal constituye la causa[123] de todos los actos que realiza la Administración

---

[122] Juan Carlos Expósito Vélez. Ob. cit., pp. 542 a 545.

[123] El Código Civil regula la causa de los contratos en los siguientes términos: "Artículo 1524. *Causa de las obligaciones*. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. // Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. // Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita". En esos términos consideramos que cuando se trata de los contratos estatales el motivo que induce a la celebración de este tipo de contratos es el interés general. Para nosotros lo fundamental, conforme al artículo 1502 del Código Civil, es que la causa sea lícita, es decir, acorde con el ordenamiento jurídico y con los propósitos que este persigue. El problema con la causa es que no se encuentra explícita en el texto de los contratos, de forma que para los contratos del Estado corresponde deducirla de todo el proceso de planeación, en particular de los estudios de conveniencia y oportunidad, donde se identifica concretamente la necesidad de las entidades de celebrar determinados contratos. Continúa señalando que para analizar el problema de la causa en los negocios del Estado la Corte

durante la fase de formación del contrato y hasta el perfeccionamiento del mismo. Advierte que se trata de la aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular, que demanda en materia de contratación estatal una determinada capacidad de quien va a ser contratista del Estado, sobre todo en la fase precontractual, y se debe mantener durante toda la etapa de ejecución del contrato [124]. Como un desarrollo del interés general está la descripción de los requisitos de participación vía pliegos de condiciones, pero en el entendido del respeto a los derechos fundamentales.

Para Durão [125] toda función administrativa está al servicio del *interés público* entendiendo que la idea de Estado es la satisfacción de las necesidades colectivas, las cuales se ejecutan por medio de los agentes de la Administración Pública, con el fin de satisfacer ese *interés*

Suprema de Justicia sostuvo en la Sentencia del 28 de febrero de 1893, VIII, 197: "Es ilícita la causa de una obligación en virtud de la cual una de las partes se compromete, mediante recompensa, a contribuir con su influencia para que continúe un contrato, contrato que según la mente de los particulares contratantes, podría reemplazarse con otro más ventajoso para el erario público, pues aunque la ley no obliga a los ciudadanos a promover lo que interesa al bien social, se es contrario al orden público y a las buenas costumbres el hecho de que los particulares pacten, con miras de provecho, el ejercicio de influencia que pueden hacer nugatorias las leyes fiscales cuando estas prescriben que ciertos servicios públicos se obtengan a virtud de licitación, para efectos de conseguir mayores ventajas en los contratos". Este planteamiento de la Corte Suprema de Justicia coincide con la posición actual de la Corte Constitucional en cuanto a la prohibición de prórrogas automáticas e ilimitadas, por cuanto fracturan y lesionan el derecho a la libre competencia económica; la Corte Suprema considera que no hay una causa lícita por cuanto tiende a favorecer los intereses particulares de quien se beneficia con la prórroga del contrato; cfr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2017, pp. 696 y 697.

[124] Santofimio Gamboa, como Expósito, se refiere a la prevalencia, pero aclara que la motivación y la supremacía van unidas, de manera que no es posible ejercer la supremacía del *interés general* sin una adecuada y exigente justificación, pues dicha supremacía no es una cláusula abierta que le permite actuar sin límite, ya que sin justificación la supremacía equivale a la arbitrariedad, que es sinónimo de ausencia de objetividad, de racionalidad. Por lo tanto, para la Administración pública es exigente jurídicamente que la proyección concreta de supremacía justifique las razones en que descansa el ejercicio del principio en un trabajo de argumentación. Lo contrario se considera que genera prácticas abusivas y arbitrarias de la Administración pública; cfr. Jaime Rodríguez Arana. *El interés general*, cit., pp. 143 a 176.

[125] Pedro Durão. Ob. cit., p. 154.

general. Sarmiento sostiene[126], en una posición jurídica igualmente crítica, que el interés general es un concepto de escasa utilidad como parámetro de control, y concluye que la proporcionalidad y el desvío de poder constituyen instrumentos débiles para ejercer control respecto de su utilización. Advierte que si la ley estableciera los límites finalistas de una actuación administrativa el control sería más exacto, pero lo contrario se deriva de competencias más discrecionales.

Por su parte Rodríguez Arana[127] recuerda que para el Consejo de Estado francés el *interés general* es la finalidad última de la acción pública, lo que significa que la esencia de la acción del Estado está asociada a dicho concepto, y es la finalidad del quehacer del Estado y de la Administración Pública. Refiere a un "report de 1999" del Consejo de Estado francés en el cual se señala que el *interés general* es la piedra angular de la acción pública, es decir que se puede concebir como la expresión de la voluntad general y le confiere al Estado la supremacía en la tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos, lo cual conlleva aspectos materiales y concretos como educación, sanidad, seguridad, etc. Sin embargo, esta definición tiene sus críticas pues para el autor la identificación del *interés general* "es una operación intelectual tan perfecta como imposible de aplicar".

Agrega que el Consejo de Estado francés sostiene que los grandes conceptos y categorías como servicio público, dominio público, obra pública o empleo público tienen como característica común que deben ser definidos "en relación con la noción primaria de interés público, que se convierte en su razón de ser", en el fundamento del régimen del derecho público, explicitado en el estatuto del acto administrativo unilateral, y puntualiza:

> El problema, como veremos, se encuentra en que el *interés general* no es un cheque en blanco, no es un fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado

---

[126] Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. *Un análisis jurídico desde el derecho español*, Serie Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 143 a 147.

[127] Jaime Rodríguez Arana. Ob. cit., pp. 11 a 27.

> con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder.

Y con ello concluye:

> Sin embargo, si el interés general se argumenta convenientemente y se ampara en el ordenamiento jurídico ningún problema tendría que existir en orden a afirmar la superioridad moral del interés general así considerado sobre el o los intereses individuales.

Para este autor, es indudable que el principal *interés general* de cualquier Estado que se defina como social y democrático de derecho es la garantía, la protección y la promoción de los derechos fundamentales de la persona, e insiste en que si el *interés general* está en la base, en la justificación última de la Administración manifestada en una serie de poderes y potestades atribuidos por el ordenamiento jurídico, entonces cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración Pública a esta forma de proceder significa que el criterio del servicio objetivo al *interés general* es el principal patrón de conducta que preside la actuación de la Administración Pública, o, en otras palabras, el *interés general* sería la condición de la legalidad de la intervención pública, y en ese contexto se requiere comprobar los concretos motivos de *interés general* que lo justifican, y todo en el marco del ordenamiento jurídico.

Nuestra posición coincide con lo expuesto por Rodríguez Arana, y agregamos que cuestionamos que en la contratación pública colombiana se reduzca dramáticamente la libertad de concurrencia invocando en la mayoría de los casos el *interés general* pero sin ningún tipo de justificación aparente y por ello tenemos la convicción de que en el contexto de Estado social de derecho se debe preservar el concepto de *interés general* sólo cuando sea necesario y a partir de allí se garantice la igualdad de trato y la libre competencia económica, que también es un desarrollo del mismo *interés general*.

Sarmiento[128] propone una delimitación conceptual del *interés general* aclarando inicialmente que existe un concepto amplio de *interés público* que es el *interés general*, y en cuanto al *bien común* consiste en el concepto metafísico de dicho *interés general*, pero hay dificultades para su definición, pues unas veces está previsto en la ley como cuando la norma prevé que un contrato público pueda ser resuelto unilateralmente por la Administración Pública cuando concurra causa suficiente de *interés público*[129]. Para este autor la labor del juez para ejercer control jurídico sobre los actos administrativos amparados en esta finalidad debe ser razonable, adecuada y proporcional para justificar la intervención administrativa.

Por otra parte, agrega, y lo compartimos, que cuando el *interés general*, el *interés público* en sentido amplio, no se ajusta a la esencia democrática, desconociendo los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la tutela efectiva, los efectos jurídicos del acto administrativo, como son la ejecutividad y la ejecutoriedad, se vuelven valores absolutos; por el contrario, cuando los derechos fundamentales ocupan el centro del derecho administrativo entonces el esquema de exorbitancia se torna en un régimen al servicio objetivo del *interés general* que reside en la promoción de los derechos de los ciudadanos. Traducida esta posición jurídica frente a los contratos estatales tendríamos que decir que una decisión de la Administración Pública frente a las convocatorias públicas donde sólo se evalúe el *interés*

---

[128] Ibíd., p. 29 a 96.

[129] En Colombia estaríamos hablando de las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y que han sido consideradas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un desarrollo del interés general del Congreso en su amplia configuración normativa del legislativo en materia de contratación estatal. En páginas posteriores el mismo autor retoma el ejemplo y explica la manera de exponer cómo el *interés general* debe ser concretado, para no llegar a la conclusión de que se trata de un concepto de uso autoritario que le permite a la administración utilizarlo como un cheque en blanco, generador de impunidad, cuando en los contratos públicos existe la necesidad de resolver unilateralmente por razones de interés público; entonces, en este caso es necesario operar desde la discrecionalidad concretando y justificando la razón o las razones de *interés general* que aconsejan la terminación anticipada del contrato público de que se trate, de forma que la exclusión de la arbitrariedad, si entendemos bien al autor, consiste en que la terminación anticipada del contrato esté lo suficientemente motivada, con lo cual ya no se trata de una imposición de autoridad sino que hay razones de interés general que le permiten tomar esa decisión; cfr. Rodríguez Arana. Ob. cit., pp. 143 a 176.

general en la elaboración de pliegos de condiciones, es decir, que sólo contemple criterios de selección que protejan dicho *interés general* dejando por fuera criterios que potencialmente podrían favorecer derechos de participación de posibles interesados, lo volvería un valor absoluto; en tanto, si los criterios de participación favorecen el *interés general* y adicionalmente patrocinan el derecho de participación, estarían conformes con la teoría de los derechos fundamentales, pues amparan tanto dicho *interés general* como la *libre competencia económica* y el *derecho de igualdad*.

Ya en lo que tiene que ver con la materialización del concepto de *interés general* Sarmiento manifiesta que la Administración Pública no dispone de libertad, sino que son las normas jurídicas las que le atribuyen los poderes para dictar actos y realizar funciones en pro del *interés general*. Por lo tanto el principio de juridicidad es el que ayuda a comprender de mejor forma el *interés general* que debe servir objetivamente a la Administración Pública en cada caso, de manera que hay mecanismos para resolver como la racionalidad, la objetividad, la proscripción de la arbitrariedad que le permiten a la Administración cumplir con la tarea y también ser controlada judicialmente, pero hay que tener en cuenta que en la medida en que esta tenga competencias discrecionales la concreción y justificación del interés general debe estar en relación y proporción con el grado de dicha discrecionalidad.

Nos adentra luego el autor en lo que denomina la doble dimensión del concepto de *interés general* y para ello propone como ejemplo cuando se anula un acto administrativo porque fue dictado con una finalidad distinta a la prevista en la norma y la anulación de una licitación porque existen razones concretas de *interés público* que justifican su anulación. No se trata de dos expresiones distintas de comprender el derecho administrativo, sino un *interés general* que tiene dos diferentes representaciones que están indisolublemente unidas: la general, en cuanto que el acto ha de expresar los valores del ordenamiento jurídico, y la concreta que, de forma inescindible con la general, proyecta esa dimensión genérica sobre la realidad, bajo el supuesto concreto de la realidad administrativa. Entonces, para el autor el *interés general* opera como límite jurídico al ejercicio de las funciones administrativas, y para que el *interés general* abstracto proyectado en el caso concreto (*interés general* concreto) sea efectivamente límite de la actuación administrativa es menester que la motivación del acto en que se materializa la potestad sea adecuada. Ya refiriéndose al acto administrativo, que es el *interés*

general en concreto, supone el *interés general* amplio que desciende sobre la realidad y que se visualiza en la motivación del acto administrativo, y así, cuanto más amplio sea el poder administrativo producto de las competencias discrecionales mayor deber ser la motivación del acto.

Para Sarmiento uno de los ejemplos que expresan el contenido del *interés general*, y que por la importancia para esta tesis lo debemos registrar, es cuando asegura que "la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de personal, así como los principios de publicidad y concurrencia para la contratación". Esta postura coincide con la definición de licitación pública presente en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 según la cual se trata de una convocatoria pública para que en igualdad de oportunidades los interesados pueden presentar un ofrecimiento y la entidad estatal pueda elegir la oferta más favorable (libertad de concurrencia).

Adicionalmente encontramos la protección del derecho a la igualdad como presupuesto del *interés general*, y ese es el presupuesto normativo de la Constitución Española, donde se recomienda a la Administración Pública establecer condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, generando un límite al ejercicio del interés general, por cuanto a las autoridades les está prohibido impedir u obstaculizar a las personas o grupos en ejercicio de estas libertades. Al respecto, nuestra gran discusión en esta tesis es justamente que las entidades estatales, supuestamente invocando el *interés general*, deciden poner obstáculos innecesarios, barreras no justificadas para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, en este caso el derecho a la igualdad y la libre competencia económica, conducta negativa reprochada por el autor pues, como se demuestra en esta investigación, limitan el ejercicio de la presentación de propuestas en licitaciones públicas que terminan en convocatorias de un licitante, cuando de levantar los obstáculos generaría una mayor participación de los interesados con capacidad legal, financiera, técnica y económica para ejecutar el proyecto, y seleccionar entre ellos la oferta más conveniente.

Volviendo a Rodríguez Arana[130] el *bien común*[131] es una expresión filosófica, metafísica, del concepto jurídico de *interés general*, que es precisamente la finalidad general del Estado. Se agrega que el poder estatal es el medio de que dispone la autoridad política para alcanzar el *bien común*, para conseguir el bienestar de la sociedad como un todo. Entonces, el *bien común* consiste en hacer posible a los ciudadanos su realización como personas en la sociedad, y el Estado debe garantizar el marco y las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar integralmente, libre y solidariamente, su personalidad. En conclusión, *bien común*, *interés general*, subsidiaridad y bienestar son conceptos que están unidos, pero aclara que el *bien común* es el trasunto filosófico del concepto jurídico-administrativo de *interés general*, que es la clave porque implica ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida.

Reiterando, Rodríguez Arana [132] aclara la relación entre el *interés general* y los derechos fundamentales, señalando que al ser el *interés general* de naturaleza supraindividual representa los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, de forma que los intereses particulares deben integrarse en el *interés general*, en el *bien común*. En esos términos indica que la supremacía del *interés general* sobre el particular se presenta mayormente en aquellos casos en que se produce una colisión entre el interés de las personas físicas y el *interés general*, entre el interés de determinados colectivos y el *interés general*, y por lo tanto el principio de supremacía dejaría de serlo por la presencia de un desvío de poder o de un ejercicio discrecional carente de motivación, y cuyo control se ejerce a través de la ponderación para determinar el contraste entre los diferentes intereses en juego, sean de naturaleza pública o de naturaleza privada, y la intensidad de la motivación se derivará de las competencias discrecionales De acuerdo con lo expuesto, en su aplicación práctica el

---

[130] Rodríguez Arana. Ob. cit., pp. 97 a 141.

[131] Muy importante para nuestro trabajo de investigación por encontrarse dentro de los límites del ejercicio del derecho de libre competencia económica, aunque ya Magdalena Correa nos había concretado que *bien común* es sinónimo de *interés general*, por lo tanto, lo que queremos en este punto es determinar si comparten el mismo criterio.

[132] Rodríguez Arana. Ob. cit., pp. 143 a 176.

principio de supremacía debe estar convenientemente motivado, entonces no se trata de un cheque en blanco para que la Administración actúe sin más. Por lo tanto, los actos administrativos dictados en virtud de esa supremacía deben ser demostrativos de tal condición, deben explicar por qué en el caso en concreto prevalece el *interés general*, y cuáles son las razones que sirven de base al principio.

En materia de contratación estatal tendríamos que cuando se definen las reglas de participación, como actos administrativos que son, la elaboración de los pliegos de condiciones debe establecer el perfil del proponente que pretende presentar una propuesta en la convocatoria pública. Esta configuración, que surge de unas competencias discrecionales dadas por el legislador, debe estar suficientemente motivada, máxime cuando hay comprometidos derechos subjetivos como el derecho de libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad de trato, entonces, a mayor discrecionalidad en la elaboración de pliegos de condiciones, mayor el grado de motivación so pena de calificarse las medidas contenidas en los pliegos de condiciones como medidas arbitrarias, por carencia de motivación o motivación insuficiente para soportar la regla.

Por otra parte, advierte el autor que con frecuencia en la realidad chocan o colisionan varios intereses jurídicamente protegidos y puede ser el caso del enfrentamiento entre el *interés general* y un interés colectivo o individual. Agrega que para poder solucionar estos supuestos se ha de acudir a los principios de ponderación o de proporcionalidad, siendo necesario analizar jurídicamente cada caso concreto. En esos términos, al hacer el juicio de proporcionalidad se analizan la trascendencia y relevancia de los bienes jurídicos que se pueden encontrar en situación de contradicción. Es evidente que en este trabajo de investigación aparecen enfrentados el *interés general* y el derecho colectivo e individual de la *libre competencia económica* en conexidad con el *derecho a la igualdad de trato* en materia de contratación pública, para efectos de la selección objetiva del contratista por licitación pública. Y ello obligaría a hacer la ponderación entre estos valores constitucionales en conflicto.

Concluye, entonces, Rodríguez Arana que motivación y supremacía van unidas, de tal manera que no es posible el ejercicio de la supremacía del *interés general* sin una adecuada y exigente justificación, pues dicha supremacía no es una cláusula abierta que le permite

actuar sin límite, pues cuando no está justificada equivale a la arbitrariedad, que es sinónimo de ausencia de objetividad, de racionalidad. Por lo tanto se le exige jurídicamente a la Administración Pública que en la proyección concreta de la supremacía justifique las razones en que descansa el ejercicio del principio en un trabajo de argumentación, pues lo contrario genera prácticas abusivas y arbitrarias.

Entonces, si para la doctrina el *interés general* sólo tiene existencia para el derecho administrativo en el marco de la motivación y de la justificación, al trasladar esta posición jurídica en materia de contratación estatal, y específicamente en la selección del contratista, la elaboración de pliegos de condiciones que, como reiteramos, al ser verdaderos actos administrativos, en la construcción de los requisitos mínimos habilitantes y en general en la construcción de los requisitos de participación, debe tener suficiente justificación y motivación so pena de declararse reglas arbitrarias o abusivas, y por lo tanto su vulneración al principio de legalidad. Es de advertir que en pocos o ningún pliego de condiciones de los que hemos tenido noticia se han introducido requisitos mínimos habilitantes debidamente motivados, con lo cual, además, se desconoce lo que corresponde a la teoría del acto administrativo según el cual los actos administrativos deben estar debidamente motivados.

5. Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional para la construcción del concepto de interés general

Al estudiar las demandas del legislador contra las normas que estructuran las reglas de participación para presentar ofertas en convocatorias públicas, la Corte Constitucional[133] establece que, en aplicación del artículo 209 de la Constitución, en el cual la función administrativa aparece al servicio del interés general, pueden llevarse a cabo mediante la celebración de contratos estatales; por lo tanto, la contratación pública está al servicio del interés general. Esta apreciación tiene como consecuencia que los contratos donde participa una entidad estatal no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros que entre particulares,

[133] Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

y eso significa que el Estado no se puede exponer confiando la celebración de un contrato a quien no le ofrezca garantías y condiciones suficientes, y, por el contrario, debe escoger a aquel contratista que en su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe ser tutelado por la Administración[134]. Por lo tanto, los criterios de *experiencia*, organización, equipos, etc., constituyen una garantía, así que en este caso el derecho de igualdad no consiste en que se deba dar un trato idéntico a todos los individuos[135] pues, de no tenerse en cuenta

---

[134] Constitución Política. "Artículo 1.º. Colombia *es* un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

[135] La Corte Constitucional estudió la demanda que se presentó contra el Decreto n.º 2762 de 1991 que regula las medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Entre los considerandos está el estudio del derecho de igualdad, uno de los valores consagrados en el preámbulo, y luego en el artículo 13 de la Constitución, y entre sus muchas acepciones se destaca la igualdad como diferenciación. Ello quiere decir que este principio permite conferir trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que los supuestos de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna y, en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas cinco circunstancias el trato diferente será admisible, y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución. Por otra parte, para la Corte Constitucional el derecho a la igualdad se configura a partir de las siguientes características: en primer lugar, la igualdad *es un derecho subjetivo* de los colombianos que, en consecuencia, puede ser invocado ante los tribunales; así, la igualdad *es un derecho típicamente relacional*. En efecto, es tan difícil concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como que una violación del derecho a la igualdad no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto: no se viola la igualdad en abstracto sino en relación con el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, de circulación o de religión, para poner unos ejemplos. Por ello, el derecho a la igualdad reviste *un carácter genérico*, en la medida

tales circunstancias, no resultaría suficientemente garantista del *interés general*. Apoyándose en la jurisprudencia concluye que 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, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros. Podemos concluir entonces que para la Corte Constitucional el trato diferente es un desarrollo del *interés general*.

Coincide la Corte Constitucional en lo expuesto por la doctrina cuando se habla de discrecionalidad administrativa, y admite que los contratos entre particulares difieren de los contratos estatales por cuanto la actividad administrativa está al servicio del interés general, y que ello trae como consecuencia que exista una amplia configuración normativa del legislador en materia de contratación estatal; y en lo que compete a la celebración de los contratos se traduce en que para presentar un ofrecimiento en la selección el proponente debe cumplir con las reglas de participación, las cuales deben estar diseñadas para garantizar que el futuro contratista le garantice el cumplimiento del contrato. Así que es válido dar un trato diferente entre oferentes, y sólo admitir aquellos que ofrezcan garantías a la entidad estatal.

Por otra parte, la Corte Constitucional[136] estudia la delegación de la competencia para regular las causales de contratación directa otorgadas por el legislador al poder ejecutivo, reconociendo en primer lugar que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública recoge las normas fundamentales que guían la actividad contractual del Estado para el cumplimiento de sus fines, como es la obtención del *interés general*; sin embargo, ello no supone que la competencia constitucional del legislador se desarrolle de manera integral y exhaustiva y en un solo cuerpo normativo. Por otra parte, en la amplia configuración normativa del legislador se encuentra que no solamente se consagra un proceso de selección

---

en que se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas y, muy en particular, sobre las que median entre los ciudadanos y las ramas del poder público. No es, pues, un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se construyan; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[136] Corte Constitucional. Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

(licitación pública), sino que es posible consagrar otras causales de selección distintas a la licitación (cuantía, naturaleza del contrato, finalidad, objeto, etc.), para dar mayor agilidad a la celebración de los contratos.

De acuerdo con lo expuesto por la doctrina en cuanto a los fines de la contratación, y respecto de las competencias discrecionales, la posición en esta jurisprudencia reconoce que el Estatuto de Contratación está al servicio del cumplimiento del interés general, y señala luego la competencia discrecional del legislador, quien no agota toda la materia y, por el contrario, delega en el poder ejecutivo la reglamentación, en este caso de las causales de contratación directa.

Como un desarrollo del concepto de interés general en la contratación estatal está la consagración de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y en este caso la Corte Constitucional estudia[137] la demanda contra una regulación propuesta por el legislador en las concesiones de prestación del servicio de televisión respecto de la calificación de proponentes previa a la apertura de la licitación pública. Igualmente[138] estudia la demanda contra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Estatuto de Contratación, que es un límite al ejercicio de la libre competencia económica, específicamente para aquellos que pretenden presentar una propuesta al Estado. Entiende la Corte Constitucional que el legislador es competente para regular las normas que rigen la celebración de contratos estatales, y está autorizado para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales mientras dicha limitación sea razonable y proporcional, ya que el legislador está regulando una función pública con la cual se salvaguarda el interés general, por cuanto se trata de su objeto jurídico de protección. Por lo tanto, el *derecho a la igualdad* y la *libre competencia económica* están limitados por el *interés general*, siempre y cuando la limitación haya sido impuesta por el propio legislador mediante medidas como la consagración de

[137] Corte Constitucional. Sentencia C-711 de 1996, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[138] Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

inhabilidades e incompatibilidades, y las mismas sean razonables y proporcionales y que dichas medidas estén justificadas.

De acuerdo con lo anterior, las facultades del legislador para regular la contratación estatal le permiten limitar la competencia cuando ello suponga un riesgo, por ejemplo, por ejemplo, en cuanto a las prácticas monopolísticas, y por ello decide, para el primer caso, restringir el acceso a estas concesiones cuando los proponentes presten el servicio en otras áreas de telecomunicaciones; en la segunda sentencia, respecto del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, supone que en principio la regulación del interés general en las actividades administrativas está en cabeza del legislador con una amplia configuración normativa, y así lo ha expresado la doctrina y en este caso en materia de contratación estatal.

La amplitud que pudiera tener la regulación del interés general en la contratación estatal no es absoluta, como veremos en el pronunciamiento de la Corte Constitucional[139] sobre el régimen de concesiones portuarias, y particularmente una regulación impuesta por el legislador referente a las prórrogas sucesivas e ilimitadas. Allí la Corte se pronunció respecto de las limitaciones a que está sometida la libre competencia económica en virtud del bien común; sin embargo no consideró justificable la prórroga sucesiva e ilimitada considerando que se trata de una limitación a la libre competencia que no tiene ninguna justificación. En los mismos términos[140] se pronunció respecto de la prórroga automática del plazo de ejecución en los contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión, y declaró cómo en la anterior jurisprudencia no había ninguna justificación objetiva y razonable para restringir la *libre competencia* de los demás oferentes que se encontraran en condiciones técnicas y financieras para desarrollar ese tipo de contrato. También en esta jurisprudencia[141] se estudia la demanda respecto de la prohibición de prorrogar los contratos con lo cual el legislador determinó el plazo de ejecución máxima de seis años para las concesiones de telecomunicaciones. En este caso la demanda plantea la garantía de derechos

---

[139] Corte Constitucional. Sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo.

[140] Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[141] Corte Constitucional. Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz.

adquiridos generada por la ley y particularmente las prórrogas sucesivas e ilimitadas de los contratos de concesión. Reitera la Corte Constitucional que las prórrogas sucesivas e ilimitadas no permiten la libre competencia y restringen la oportunidad de acceso. Agrega que los medios que emplee el legislador para garantizar los fines de la Constitución deben guardar proporcionalidad, es decir, se requiere que la medida no sólo tenga un fundamento legal sino que, al ser aplicada, los intereses jurídicos de otras personas, tanto sus competencias legislativas como la discrecionalidad administrativa, no se vean afectadas. Con respecto a las normas que autorizan las prórrogas en los contratos estatales, la Corte Constitucional[142] estudió la demanda que se presentó al artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 que autoriza para los contratos de obra pública la prórroga o adición hasta en un 60% del plazo estimado para obras adicionales relacionadas con el objeto de la concesión o para recuperar la inversión, previo estudio y en el mismo corredor vial. Respecto de este punto en particular es válido constitucionalmente prorrogar los contratos estatales para el cumplimiento de los fines estatales, sobre todo en contratos de concesión a largo plazo donde es dificultoso prever las contingencias e imprevistos que puedan afectar su ejecución, y por ello es importante tener presente el principio de planeación.

Finalmente, en esta sentencia[143], por el contrario, el legislador consagró un privilegio a favor de una Empresa Industrial y Comercial del Estado para la publicación de los documentos oficiales restringiendo que sean las empresas privadas las que puedan competir para su imprenta. En este caso se justificó la restricción a la competencia por la naturaleza jurídica de los actos oficiales que se publican, con lo cual consideró que la medida era razonable y proporcionada y declaró su constitucionalidad.

Como lo ha expuesto la doctrina, cuando el interés general determine una medida administrativa debe obedecer a un planteamiento razonable, lógico y motivado, por lo tanto, la consagración en el ordenamiento de normas reguladas por el legislador, como las prórrogas automáticas o ilimitadas, se tornan en medidas que no tienen ninguna justificación y se

---

[135] Corte Constitucional. Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[143] Corte Constitucional. Sentencia C-1262 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

convierten en medidas arbitrarias que limitan inmotivadamente el ejercicio del derecho a la libre competencia económica. Caso contrario ocurre cuando el legislador expide una norma que puede limitar el libre ejercicio de la competencia económica pero encuentra razones que justifican dicha medida, la cual, entonces, se torna razonable y proporcional y, por ende, se considera válida y debe ser mantenida dentro del ordenamiento jurídico.

Otra regulación relacionada con el concepto de interés general en la contratación estatal se consagra en los medios de control y vigilancia que no pactan en los negocios entre particulares, y por ello la Corte Constitucional[144] se pronuncia en relación con una demanda en contra de uno de ellos conocido como cláusula excepcional al derecho común. Para determinar la constitucionalidad de la cláusula ante la demanda del *derecho a la igualdad* el Tribunal aplica un test leve, donde sólo se requiere demostrar si la medida es legítima a la luz de la Constitución, si alcanza la finalidad perseguida, que no existan otras medidas que con el mismo resultado impliquen un menor costo para el derecho limitado y, finalmente, que sea proporcionada.

Vemos que en este caso los medios de control y vigilancia autorizan a las entidades estatales a interpretar, modificar o terminar unilateralmente los contratos estatales siempre en los términos propuestos por el legislador, por lo tanto, dentro de la amplia configuración normativa , y mientras la medida propuesta por el legislador esté debidamente justificada, la norma se considera válida y se debe conservar en el ordenamiento jurídico.

6. Conclusiones

La explicación del legislador frente a la concepción del interés general es que cualquier actividad estatal persigue su satisfacción y ello incluye la celebración de contratos; así quedó expuesto en el artículo 3.º de la Ley 80, que es un desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política, relativo a la función administrativa al servicio de dicho interés general, el cual, al no ser definido por el legislador, constituye un concepto jurídico indeterminado

[144] Corte Constitucional. Sentencia C-1514 del 8 de noviembre de 2000, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

que le otorga un amplio espectro programático, y para decidir la medida la Administración debe acudir a criterios extrajurídicos (morales, políticos, económicos), lo cual, en últimas, redunda en una discrecionalidad administrativa. Sin embargo, no le corresponde a la Administración decidir cuál es el interés general por cuanto el contenido le corresponde al Congreso, y será este el que delegue en la Administración su valoración; por lo tanto, a la Administración le corresponde concretar la idea de interés general que el legislador expresa. En otras palabras, cuando la ley no determina de manera rigorosa el interés general es la Administración la que termina por definirlo, con lo cual la discrecionalidad administrativa surge como una autorización para que la Administración elija la medida más adecuada para satisfacerlo. Entonces, si el legislador predetermina concretamente lo que la Administración debe hacer en cada caso concreto, la decisión es reglada, en tanto que las facultades de la Administración serán discrecionales cuando se le otorgue cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, de tal manera que la actuación administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público pero dependiendo de la reglamentación del legislador o dejada por este a la apreciación de la propia Administración. Lo anterior le permite a la Administración valorar la conveniencia de expedir el acto, pero siempre bajo cometidos de interés general referidos a los valores del Estado social y democrático de derecho, y aquí se aclara que al ser una competencia discrecional, de todas maneras la Administración está obligada a decidir, en la mejor medida de lo posible, la más eficiente y que al final sería una única decisión para ese interés general.

La doctrina no es unánime frente a la decisión que surge de la discrecionalidad administrativa pues hay otras posiciones que aseguran que el margen de maniobra de la Administración le permite elegir entre diversas opciones y elegirá aquella que le parezca más conveniente. Y si a lo anterior le agregamos que el interés general es un concepto jurídico indeterminado no habrá discrecionalidad, ya que el criterio es que sólo cabe una decisión justa y no una pluralidad de soluciones, y ello tiene que ver con la satisfacción del interés general que condiciona a la Administración; en esos términos, así no este reglada toda la actividad a cargo de la esta, de todas maneras aunque los fines no hayan sido fijados por el legislador, la decisión le corresponde a la Administración y esta es única, la satisfacción del interés general, que le impone la decisión más adecuada para lograr esa finalidad. Sin embargo, es problemática la única solución por cuanto cuando el legislador le atribuye facultades

discrecionales a la Administración, está compartiendo la tarea de adoptar políticas de actuación y cómo llevarlas a cabo, y se trata entonces de una labor de interpretación y aplicación de la ley.

Entonces, frente a las diferencias entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados se había señalado que la primera admite la pluralidad de soluciones justas, mientras que la segunda sólo admite una unidad de respuesta correcta a los problemas jurídicos que la sometan, lo cual genera contradicciones desde el interés general por cuanto, por una parte, el interés general es el núcleo esencial de la discrecionalidad pero, por otra, se trata de un concepto jurídico indeterminado que excluye por definición la discrecionalidad, por absoluta incompatibilidad entre el concepto de interés público, como concepto jurídico indeterminado, y el concepto mismo de discrecionalidad que se entiende como la libertad de elección de varias alternativas. Hay una tercera posición jurídica en la cual, frente al interés público, hay una parte que sostiene la denominada posición decisionista, en la cual es válida cualquier decisión que la Administración tome en contravía de la posición racionalista, y en la que el interés general será el resultado de un juicio sobre posibles soluciones a cada caso, con lo cual sólo será válida aquella que responda a la idea que el concepto expresa. Entonces, la "solución justa" genera una aproximación entre las dos concepciones por cuanto otorga un margen de apreciación a favor de la Administración, y la decisión que esta adopte será aceptable siempre que no exceda de dicho margen, o sea que no sea manifiestamente irrazonable, arbitraria o mal estudiada. En ese contexto se explica dicha posición en el sentido de señalar que no existen diferencias cualitativas entre la naturaleza jurídica de la decisión que se adopta en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone la autoridad que aplica el concepto jurídico indeterminado y la solución elegida que ejerce la facultad discrecional. En conclusión, lo que hace el concepto jurídico indeterminado es reducir la discrecionalidad a los supuestos en los cuales no resulte posible demostrar cuál es la solución correcta y así se da por válida la solución que la Administración elija entre varias posibles para el caso en concreto, lo que permite que subsista el concepto de discrecionalidad, y al juez le corresponde ejercer un control sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad. En esos términos se puede concluir que, como concepto jurídico indeterminado, el interés general constituye un límite negativo del ejercicio de las facultades discrecionales, por cuanto tiene la virtud de excluir aquellas decisiones arbitrarias, ilógicas e irracionales, salvo que exista un material

probatorio que haga evidente que hay una única solución posible, lo que se denomina la reducción a cero de la discrecionalidad; así que la diferencia entre las dos instituciones es de grado o cuantitativa y no estructural por cuanto el margen de decisión de la Administración depende de la densidad de programación normativa que de su actividad hagan las normas reguladoras, y de las circunstancias fácticas que se puedan probar en el procedimiento administrativo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado sigue la misma línea cuando conceptúa respecto de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, como el interés general, siendo estos últimos los que se reconocen por la unidad de respuesta correcta, una única solución jurídicamente admisible para cada caso en concreto; sin embargo, se interroga si al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados es factible una única solución justa, en atención a la existencia de márgenes de apreciación a favor de la Administración y allí sería admisible hallar más de una solución ajustadas. Es por ello que indica que entre las dos categorías existe una diferencia apenas gradual, no cualitativa o radical, y ello depende de las circunstancias del caso en concreto, así que tales conceptos jurídicos indeterminados se pueden convertir en fuente de discrecionalidad administrativa, salvo que el concepto jurídico indeterminado provea de los suficientes elementos de juicio como para tener acreditado que el caso se ubica en las zonas de certeza del concepto, con lo cual el concepto claramente se aplica o inaplica, así que en los casos dudosos, penumbrales o neutros, los que caen en la zona de incertidumbre, es necesario que la Administración Pública recurra a argumentos o elementos de juicio de naturaleza técnica, económica, política, de conveniencia u oportunidad.

Y frente a la causa del contrato estatal, que es el interés general y que influye en todos los actos que realiza la administración durante la fase de formación del contrato y hasta su perfeccionamiento, la aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular exige que el proponente y futuro contratista cumpla con una determinada capacidad para presentar su oferta, y conservarla durante la ejecución del contrato. Es unánime que el interés general no se puede constituir en un cheque en blanco que justifique las actuaciones administrativas sino que necesita ser demostrado en lo concreto; en esos términos, el interés general requiere ser argumentado, todo en desarrollo de la protección de los derechos

fundamentales de la persona. Igualmente, se reitera que se debe tener en cuenta que la Administración Pública no es libre para materializar el interés general, por cuanto le corresponde al legislador la atribución de dichos poderes; lo que sucede es que si las competencias son discrecionales la concreción y justificación del interés general debe estar en relación y proporción al grado de dicha discrecionalidad. Finalmente, al aplicar la supremacía del interés general frente a los derechos fundamentales se puede presentar una colisión, y es válido afirmar que se destruye la supremacía cuando la actuación se da con desvío o abuso de poder o en el ejercicio de un poder discrecional sin ninguna motivación o justificación, por ello es preciso ponderar o hacer un juicio de proporcionalidad con el fin de determinar el contraste entre los diferentes intereses en juego, para lo cual es necesario revisar la intensidad de la motivación por cuanto está directamente relacionada con la de las competencias discrecionales.

Siguiendo con la construcción del concepto de interés general, en el Estado social de derecho se considera como una cláusula central de las competencias y habilitaciones, de los límites, restricciones y controles, y por ello está impuesto desde el mismo artículo 209 de la Constitución, y al ser límite, por prevalencia del interés general sobre el particular, quedan justificadas todas las intervenciones y restricciones de esa libertad, siempre pasando por el marco de los derechos fundamentales; por lo tanto, en la tensión entre el interés general y las libertades económicas prevalece inmediatamente el primero respecto de los segundos.

Al incrustarse las libertades económicas en el concepto jurídico indeterminado "interés general" se le amplían las opciones al legislador para diseñar las limitaciones al ejercicio de dicho derecho, por aquello de la prevalencia del interés general sobre el particular, pero sin que se llegue a la conclusión de que en todos los casos debe prevalecer ese interés por sobre las libertades económicas, así que la subordinación debe estar precedida de una ponderación entre las dos categorías constitucionales. Entonces, no es válido argumentar la limitación simplemente invocando el interés general, sino que debe motivarse, argumentarse para que sea legítimo, y siempre en el respeto de los derechos fundamentales.

Finalmente, es necesario revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al interés general y su incidencia en el Estado Social de Derecho; en ese sentido la Corte estudió una demanda contra la ley de contratación, y ante las normas que regulan la selección objetiva

estableció que en aplicación del artículo 209 de la Constitución, siendo el contrato estatal parte de la función administrativa, está al servicio del interés general y por ello el Estado no se puede exponer confiando la celebración de los contratos a quien no le ofrezca las suficientes garantías, por lo que es necesario solicitar requisitos en experiencia, capacidad legal, capacidad financiera, equipos, organización, etc.; así que es válido dar un trato diferente a los oferentes y sólo admitir aquellos que ofrezcan garantías a la entidad estatal. Luego se demandó el Estatuto de Contratación en la consagración de procesos de selección distintos a la regla general, como la licitación pública, para decretar su inconstitucionalidad. Al respecto, consideró la Corte Constitucional que el legislador tiene una amplia configuración normativa en materia de contratación estatal por lo que, entre sus competencias para regular el interés general, consagró un procedimiento distinto a la licitación pública, con su propia justificación y, además, que puede delegar en el poder ejecutivo su reglamentación. En otra sentencia resolvió lo relativo al interés general, regulado esta vez por el Congreso, respecto de las inhabilidades e incompatibilidades, y consideró que, en virtud de la amplia configuración normativa en materia de contratación, tiene la facultad de limitar el ejercicio de derechos fundamentales, que en este caso sería la libertad de competencia económica en desarrollo del interés general. Sin embargo, en otra línea jurisprudencial consideró que en algunos eventos no hay ninguna justificación en la regulación propuesta por el legislador, específicamente en lo que se refiere a las prórrogas automáticas e ilimitadas mediante las cuales se afectaba de manera grave y desproporcional la libre competencia económica. Finalmente, en invocación del interés general se generaron unos medios de control y vigilancia a favor de la entidad contratante en competencias unilaterales; allí la Corte Constitucional, manteniendo la línea jurisprudencial vigente, declaró la constitucionalidad derivada de la regulación que el legislador tiene del interés general.

Una vez elaborado el concepto de interés general corresponde ahora revisar el concepto de libre competencia económica como derecho constitucional que se ve afectado en la contratación estatal cuando el Estado elabora pliegos de condiciones, el cual, invocando el interés general, termina por vulnerar el ejercicio de la libre competencia económica, en detrimento de las categorías reconocidas en la licitación pública y que deben ser desarrolladas en la convocatoria pública, como la libertad de concurrencia y el derecho de igualdad de oportunidad para participar.

D. La libre competencia económica

1. Introducción

En capítulos anteriores encontramos que en la licitación pública se deben elaborar unos pliegos de condiciones los cuales en principio a través de las reglas de participación deben garantizar la concurrencia y el ejercicio del derecho de igualdad pero sin que se ponga en riesgo el interés general seleccionando contratistas que no le ofrezcan garantías. Por lo tanto, en principio hay una autorización desde la Constitución y desde la ley para limitar el derecho de participación y sólo se deben dejar participar en principio aquellos proponentes que reúnan las capacidades mínimas técnicas, financieras, legales y de organización con los cuales se cumplirá con el objeto del contrato y, por ende, con el interés general. Sin embargo, si bien las limitaciones al ejercicio de la libre competencia son claras por invocación del mencionado interés general, de todas maneras es necesario conceptuar el alcance de este derecho constitucional que reconoce el artículo 333 constitucional, y determinar si, dependiendo de las circunstancias y las motivaciones, es posible en algunos escenarios plantear una discusión frente a la regulación de los pliegos de condiciones, sobre todo en aquellos casos en que las reglas no tengan ninguna sustentación, sean arbitrarias e irracionales, por cuanto puede estar prevaleciendo este derecho por encima del tantas veces mencionado interés general. Entonces, en este capítulo se aborda el concepto de libre competencia económica, si es o no susceptible de ser protegido judicialmente, en qué casos operaría la protección y el análisis jurisprudencial propuesto.

2. El concepto de libre competencia económica

Vimos que la facultad de la Administración Pública para elaborar los pliegos de condiciones se basa en una competencia discrecional, en donde derivado del objeto del contrato se elaboran unos requisitos mínimos habilitantes con los cuales se perfila el futuro contratista, por cuanto la valoración que hace la entidad estatal está basada en que sólo se presenten aquellos que le otorguen garantías de cumplimiento del contrato, todo en invocación del

interés general. Sin embargo, surge un interrogante, ¿qué pasa si durante el desarrollo de la convocatoria pública, llamada licitación pública, se demuestra que hay unos interesados que no están identificados con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y exigen a la Administración Pública que se revisen esos requisitos? En este caso debemos evaluar si dichos competidores gozan de algún derecho o prerrogativa que les permita exigirle a la administración que modifique las reglas de participación para que puedan competir, siempre que en el escenario le demuestren a la entidad estatal que tienen la idoneidad y experiencia para ofrecerle las garantías al Estado de que pueden cumplir con el objeto del contrato, y en caso de tener algún derecho se trataría del derecho a la libre competencia económica, derecho consagrado en la Constitución Política en el artículo 333 que a su letra establece:

> Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
>
> La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
>
> La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
>
> El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
>
> La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Como se puede observar, el artículo 333 constitucional consagra un derecho económico denominado la libre competencia económica, para lo cual habrá que indagar su significado y sus consecuencias en la consagración como derecho elevado a rango constitucional.

Expone Correa[145] que para el caso de la libertad económica se impone el examen de las distintas formas en que las disposiciones de la Constitución Política participan en la configuración constitucional del derecho y en la determinación de su naturaleza jurídica, alcances y limitaciones. Mirando la ubicación del artículo 333 de la Constitución Política que consagra la libre competencia como derecho se estima que dicho artículo no está inserto en el amplio catálogo de derechos constitucionales de la Constitución, sino como una de las disposiciones generales relativas al régimen económico y de la hacienda pública; sin embargo, aclara que su exclusión de la lista de derechos no fue óbice para que en varias ocasiones la Corte Constitucional reconociera ese derecho no sólo como libertad fundamental, sino "incluso como derecho protegible con la acción de tutela, como mecanismo que representa la garantía judicial más eficiente y expedita del ordenamiento jurídico"[146].

Por su parte, García Alcorta[147] define "libertad para competir" en su sentido más básico como la lucha o disputa, y en su vertiente económica como la idea del esfuerzo de dos o más participantes en un mercado dirigido a la obtención de un beneficio o a la consecución de un éxito económico. En esos términos, la competencia y la economía de mercado están estrechamente ligadas en un sistema económico que se basa en la descentralización de la toma de decisiones y en la autonomía individual de los sujetos participantes, y por otra parte, en la idea de que donde puede haber competencia económica los recursos no son ilimitados. Se agrega que la competencia se caracteriza por ser un fenómeno que se contempla desde dos perspectivas: por un lado, en cuanto comportamiento de varias empresas que rivalizan dentro del mercado en la conclusión de contratos, y como principio de orden de mercado que estimula la mejora de productos y servicios; y por otro, como regulador de las relaciones

---

[145] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 57, 71 a 98.

[146] Correa señala que la libertad de empresa constituye un derecho nuevo en la protección internacional de los derechos humanos; cfr. En el mismo sentido Ignacio García Vitoria. *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 11.

[147] José García Alcorta. *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, 2008, pp. 63 a 74.

económicas de oferentes y demandantes. Entonces, se sostiene que la competencia comprende toda forma de actuación dirigida a obtener una ventaja en la lucha económica a costa de otro competidor. Continúa García Alcorta presentando la relación de competencia y advierte que cuando dos empresas actúan como oferentes en un mismo mercado se establece una relación de competencia entre dos competidores y un tercero que es su cliente. Se trata de una relación horizontal, y se diferencia de las relaciones verticales en que estas se producen entre dos partes que tienen intereses en conflicto, pero a diferencia de la relación horizontal, son contrapuestos: es la relación que se produce entre el comprador y el vendedor.

Entonces, para el caso de las compras públicas se presentan los dos escenarios, y es la competencia entre los proponentes o interesados en presentar propuesta a la entidad estatal que surge la relación horizontal, y la relación vertical es aquella en que el Estado es el cliente a quienes los interesados le presentan propuestas y entre ellos se selecciona la más conveniente.

García Alcorta advierte que la competencia puede ser perfecta o imperfecta; la primera supone que hay necesidad de asegurar la completa libertad en el mercado y eliminar cualquier barrera que obstaculice esa libertad, y su contraparte es el monopolio. Hay una posición intermedia que se denomina competencia imperfecta donde se reconocen las imperfecciones del mercado, y cuyo ejercicio es determinar cuáles de estas imperfecciones son necesarias para asegurar que en el mercado exista una competencia practicable o efectiva y cuáles de estas imperfecciones no serían deseables.

Volviendo a Correa[148] sostiene que el artículo 333 desmenuza los componentes de la libertad y de paso describe las limitaciones constitucionales a que está sujeto su ejercicio. En primer lugar están las posibilidades que le otorga el derecho al titular de la libertad económica, en cuanto a su iniciativa y actividad, a participar en el mercado, y a la valoración constitucional del concepto de "empresa"; en segundo lugar, la limitación a su ejercicio, donde la libre iniciativa y actividad económica se sujetan al bien común, a las responsabilidades, a la

[148] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 57, 71 a 98.

actividad empresarial en cumplimiento de su función social, y todo ello deriva en una tensión entre las distintas expresiones del *interés general* y el interés particular que ostenta el sujeto del derecho. A lo anterior se agregan las competencias del legislador para delimitar el alcance de la libertad económica cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Por ello, para la tratadista el ejercicio de la libertad viene acompañado de la garantía específica del principio de legalidad; por lo tanto, la ley será la única fuente jurídica que podrá determinar los contornos de los límites atrás mencionados, y será entonces la ley la que autorice la imposición de permisos y requisitos, como limitaciones derivadas para su ejercicio; y será igualmente la ley la que le imponga el deber al Estado de "proveer por que no se elimine ni reduzca la libertad en ninguna de sus manifestaciones y por que se evite y controle el abuso de la posición dominante en el mercado" [149].

Respecto de la libertad económica Alexei Julio[150] señala que con la Constitución de 1991 se generó una profusión de normas en materia económica que reflejan el pluralismo ideológico del poder constituyente primario, y un ejemplo de ello es el artículo 333 que garantiza la libre iniciativa privada y la actividad económica, las cuales están limitadas por principios como el Estado social de derecho, y señala que la lectura de la norma permite un límite a la iniciativa privada que se encuentra en el bien común. Luego la norma agrega que la libre competencia es un derecho. Refiere a la Sentencia C-624 de 1998, donde la Corte Constitucional sostiene que el artículo 333 establece un equilibrio entre la libertad económica y el interés general producto de la incorporación del Estado social de derecho (art. 1.º C.P.) y eso explica los límites a esa libertad económica como el bien común y la función social de la empresa. Advierte que para la Corte Constitucional no se trata de un conflicto entre el interés general y el interés particular pues es necesario establecer que las libertades económicas persiguen

---

[149] Que el término de libertad económica como derecho general con doble contenido de libre empresa y libre competencia lo expresa este autor. Luis Fernando Sabogal Bernal. "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia", *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

[150] Alexei Julio Estrada. "La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Letras Jurídicas*, vol. 9 n.º 2, septiembre de 2004.

importantes finalidades que apuntan a la satisfacción del bienestar colectivo, y que la asignación de bienes y recursos sea producto de la racionalidad económica y sobre todo del funcionamiento libre de los mercados. Así que el intérprete de la Constitución es el encargado de configurar la libertad económica por medio de su jurisprudencia.

Con respecto al concepto de libertad económica se formula el interrogante de si es lo mismo que libertad de empresa, en el entendido de que en el anterior régimen constitucional así se denominaba. Dice, acudiendo al derecho comparado, que la doctrina francesa utiliza el término libertad económica (que también denomina libertad de industria y comercio), y que se trata de un término genérico que abarca tanto la libertad de empresa como la libertad de competencia; a su vez, la libertad de empresa se desdobla en la libertad de establecerse y la de ejercer la profesión u oficio, y agrega que bajo esta percepción "… la libertad económica tiene una alcance genérico que engloba el conjunto de posibilidad de actuación en materia económica y la libre empresa es uno de sus contenidos específicos". Aclara que en Colombia la doctrina no se ha ocupado de profundizar respecto del problema terminológico, y que los pocos autores que han hecho referencia a él se limitan a repetir la clasificación francesa, o sea, utilizan el término libertad económica como el derecho general que tiene un doble contenido: la libertad de empresa y la libre competencia.

En su escrito Alexei Julio desarrolla el concepto de libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en donde puntualiza que hay una evidente confusión entre libertad económica y libertad de empresa, pues se utiliza el término de manera indistinta para referirse al mismo concepto jurídico. Indica que la Carta de 1991 no consagra de manera expresa el término derecho a la libre empresa, lo cual no quiere decir que no esté vigente, pero se trata como un derecho equivalente a la libertad económica; además, en algunas ocasiones ha utilizado el término libertad económica para referirse a la iniciativa privada, libertad de competencia y libertad de establecerse. Por ejemplo, cuando la Corte ha utilizado la libertad de empresa y la libertad económica como términos sinónimos es cuando ha definido la libertad económica como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar un patrimonio. Respecto del contenido del derecho indica que la libre competencia hace parte de la libertad económica (Sent. C-616 de 2001), y con respecto a su naturaleza jurídica, nos dice que por mandato del artículo 333 de

la Constitución es un típico derecho de libertad negativa dirigido a garantizar una actividad individual, en este caso de carácter económico, que debe estar libre de intromisiones estatales y de terceros en su ejercicio, aclarando lo relativo a las competencias del legislador que tiene amplia configuración normativa al tener como límite el bien común, cuyas facultades podrían ser menores en caso que este derecho se considerara no fundamental.

En la posición de García Alcorta[151] propone evaluar los límites de la libre competencia y para ello señala que los derechos fundamentales de libertad son derechos de defensa o reaccionales dirigidos a la conservación o el mantenimiento del estado existente de un bien jurídico, el cual está constituido en este caso por una libertad natural de poder, de ser o de querer, y todo perjuicio imputable al poder público que sufra este bien jurídico protegido por el derecho, es decir, toda restricción de los elementos constitutivos de la libertad representa una limitación. En otras palabras, se trata de la esfera jurídica privada de la libertad protegida por un derecho que resulta ser recortada o reducida por la operación llevada a cabo por el poder público. En este caso el sentido de la limitación es servir a la protección de bienes jurídicos en conflicto.

Consideramos que en materia de contratación estatal las limitaciones a la libre competencia económica las imponen las entidades estatales en los pliegos de condiciones cuando van a celebrar contratos mediante convocatorias públicas como la licitación pública, para proteger el *interés general* que se ve representado por el objeto de un contrato.

Este autor describe las limitaciones en estricto sentido de los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales de libertad: las leyes de prohibición, los actos administrativos que consistan en mandatos o prohibiciones y las sentencias de los tribunales. Al respecto podemos agregar que en esta investigación se presentan análisis jurisprudenciales en los que, al estudiar las demandas contra normas expedidas por el Congreso (leyes de prohibición), la Corte Constitucional termina imponiendo limitaciones al ejercicio de la libertad de competencia en invocación o materialización del *interés general*, y ello se ve reflejado en la línea jurisprudencial reiterada respecto de los contratos estatales en cuanto al régimen de

[151] García Alcorta. Ob. cit., pp. 87 a 112.

inhabilidades e incompatibilidades, en la cual hay prohibiciones legales para regular que determinadas condiciones de los oferentes les impida hacer un ofrecimiento a las entidades estatales, al menos hasta cuando la condición se mantenga; por ejemplo, los parientes en segundo grado de consanguinidad, o de afinidad, entre los servidores públicos de nivel directivo, ejecutivo o similares; o la presentación de propuestas de quienes tengan relaciones de parentesco (art. 8.º Ley 80 de 1993); o cuando, para eliminar el riesgo de monopolio en el régimen legal de las telecomunicaciones, el legislador impide que se presenten oferentes que ya tienen concesiones en el espectro electromagnético. Igualmente, las reglas de participación contenidas en actos administrativos de carácter general, denominados pliegos de condiciones (actos administrativos que consistan en mandatos), en los que se establezcan los criterios habilitantes y de adjudicación de puntos que sólo aquellos que puedan acreditarlos están autorizados para presentar oferta o propuesta técnica y económica. La limitación, ya se había advertido, genera un perjuicio, y cuando se habla del perjuicio como resultado de una actuación pública se trata de identificar la medida del poder público que recorta las posibilidades a disposición del sujeto privado para ejercer las facultades amparadas por aquel derecho fundamental de libertad, que en este caso sería el ejercicio de la libertad de competir, y que pueden ser limitaciones impuestas por autoridades administrativas; de lo que se trata, en últimas, es de evaluar el perjuicio sufrido que deberá ser superior al que se produce como resultado de cada una de las actuaciones con incidencia en él, y que le otorga una especial relevancia al principio de proporcionalidad de dicha limitación. Es relevante el perjuicio del derecho fundamental de libertad (como la libre competencia) y la limitante ejercida por la autoridad pública, y la conexión entre ambos manifestada en una relación de causalidad en virtud de la cual el efecto perjudicial puede ser imputado a la actuación pública.

Por lo tanto, para este doctrinante las limitaciones a la esfera de los particulares, protegida por los derechos fundamentales de libertad, debe estar justificada por la propia Constitución Política, con lo cual el titular del derecho dispone de la posibilidad de exigir el respeto y la protección de la esfera jurídica protegida por el derecho y su reconstitución de la libertad recortada de manera ilícita. De todas maneras, recuerda que la restricción de la esfera jurídica protegida por un derecho fundamental es de reserva legal, por lo tanto se excluye la posibilidad de imponer medidas limitadoras sin una norma legal que las ampare. Pero también nos habla de las competencias del legislador para expedir leyes con cláusulas

generales que le otorgan a la Administración Pública la posibilidad de actuar de manera discrecional en sus decisiones, y en esos términos la habilitación legal debe regular los presupuestos de la acción pública, la finalidad de la misma y una forma de manifestación suficientemente precisa como para que el titular del derecho fundamental pueda deducir en qué situaciones se produce una limitación. Y por eso indica que se debe dar lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad a las limitaciones del ejercicio de los derechos fundamentales de libertad. Sostiene que la *proporcionalidad* es un principio general del derecho, y su relevancia es especialmente destacable en el marco de las limitaciones de la esfera jurídica protegida por un derecho fundamental de libertad, ya que representa un criterio jurídico-constitucional para controlar, en su forma y medida, las limitaciones lícitas de la esfera jurídica protegida por aquellos derechos fundamentales, y operadas mediante normas con rango de ley. De acuerdo con este principio, el poder público debe elegir aquella medida que sea adecuada, necesaria y razonable para la consecución de un fin lícito. Respecto de la idoneidad, la actuación pública se debe manifestar en relación con el concreto fin perseguido, no con cualquier objetivo de *interés general*. En cuanto a la necesidad, la actuación pública ha de ser también exigible, de manera que la finalidad perseguida no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos o restrictivos de la libertad de los particulares, y en aquellos casos en los cuales se pueda optar por varias limitaciones distintas de la esfera jurídica privada, todas ellas idóneas para la consecución de la finalidad perseguida; sin embargo, se debe escoger la que menos incida en dicha esfera jurídica, y agrega que en el caso del control o supervisión por el poder público de la competencia en el mercado se debe optar en primer lugar, con arreglo al principio de proporcionalidad, por aquellos instrumentos disponibles que se dirijan a regular el comportamiento de los sujetos del mercado, y sólo en aquellos casos en que se revelen insuficientes para la consecución de los fines perseguidos podrá acudirse a medidas de intervención en la estructura o en la dirección de los resultados del mercado. Finalmente, en cuanto a que la medida sea razonable o proporcional en estricto sentido, el poder público debe efectuar una ponderación entre los intereses jurídicamente protegidos de los sujetos privados y los intereses públicos, o también entre las desventajas que se derivan de la medida para los afectados por ella y las ventajas que la misma supone para el interés público; lo cual significa que cuanto más intenso sea el perjuicio en el libre

ejercicio de la actividad económica, más fuertes deben ser los intereses generales a los que debe servir la medida del poder público.

Pero no solamente el principio de proporcionalidad está latente en la protección del derecho a la libre competencia, García Alcorta también encuentra el respeto al principio de igualdad, advirtiendo que el derecho a la igualdad es un derecho subjetivo que poseen los ciudadanos para obtener un trato igual que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlos, y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas; además, que para introducir diferencias entre ellos debe existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, y que de todas maneras las consecuencias no resulten desproporcionales. Entonces, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, y que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato.

Al consultar nuevamente a Correa[152] nos indica que al legislador le corresponde fijar el contenido normativo de los derechos económicos, con lo cual el principio de legalidad caracteriza su intervención[153]. En la Sentencia C-074 de 1993 la Corte Constitucional estableció que la Constitución consagra un Estado interventor dentro del marco del Estado social de derecho, y así se expresó en reiteración jurisprudencial la Corte Constitucional en la Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011[154] en la que indica que a partir de 1991, al adoptarse el Estado social de derecho, se introdujo un modelo de economía social de mercado en la cual la empresa es un motor de desarrollo, pero se le asigna al Estado la facultad de intervenir

---

[152] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., p. 57, 71 a 98.

[153] Casualmente la contratación estatal se cimenta en el mismo principio que relata Correa, y así nos lo ha hecho saber la Corte Constitucional en múltiples fallos que se surtieron contra el Estatuto general de contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), especialmente frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades regulado por el legislativo, y en donde la Corte Constitucional aclaró que las normas de contratación estatal son normas de orden público y, por ende, se debe respetar el principio de legalidad, en donde el legislador, insisto, tiene amplia configuración normativa; todo ello se abordará en su oportunidad.

[154] Corte Constitucional. Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (arts. 333, 334 y 335 constitucionales)[155].

Para la Corte[156] la intervención del Estado en la economía busca conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados con el fin de lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad, siendo uno de los elementos más importantes de este modelo el reconocimiento de las libertades económicas en cabeza de los individuos, y entendidas como "[…] la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"; y nos recuerda que el artículo 333 de la Constitución dispone: i) que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; ii) que "[l]a libre competencia es un derecho de todos", y iii) que para el ejercicio de estas libertades "nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley". Continúa la Corporación señalando que el Tribunal ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades, la libertad de empresa y la libre competencia, definiendo la libre competencia como la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Y concluye que para garantizar la libre competencia el Estado es, entonces, responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia[157], como el abuso de la posición dominante o la creación de

---

[155] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 375 a 390.

[156] Corte Constitucional. Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[150] Pasa este doctrinante a sustentar la competencia y su relación con los contratos celebrados por las administraciones públicas, por cuanto las entidades son demandantes de bienes y servicios como cliente de los empresarios privados, entonces, esa libertad supone la protección de las posibilidades que estos puedan contratar con aquella "reconociéndoles además la facultad de concurrir en igualdad de oportunidades en la competencia organizada por el poder público a través del procedimiento de contratación que ésta instituye"; y agrega que es en el procedimiento de contratación donde el bien jurídico protegido por el ordenamiento constitucional puede sufrir un perjuicio. Aquí la limitación del derecho corresponde a una actuación de la entidad estatal "que obstaculice a uno o varios oferentes determinados la participación en el procedimiento de

monopolios. Como se expuso, y así lo reitera la Corte, la libre competencia no es un derecho absoluto, sino que le corresponde al legislador establecer los límites de esa libertad económica, ya sea para concretar sus finalidades, sus objetivos generales, o las metas concretas a que se deben comprometer los actores económicos.

Como explica Correa[158], la libertad económica es un "derecho de libertad" oponible *erga omnes* como derecho de la persona o de la personalidad, por lo que, en dicho contenido no se debe incluir sólo la pretensión individual de que el Estado se abstenga de intervenir en la esfera individual privada. Señala que, a diferencia de otros derechos de la persona, los derechos de libertad constituyen situaciones jurídicas subjetivas "activas", de lo que resulta la no existencia de un contenido de los derechos de libertad distinto de su mismo ejercicio; en otras palabras, los eventuales límites al ejercicio de los derechos de libertad se manifiestan como límites al contenido del derecho mismo. Agrega que para las libertades económicas el

---

selección, a través de la introducción de criterios o condiciones para la contratación". En esos términos, considera que la introducción de criterios que ocasionen un perjuicio en la esfera jurídica protegida por la libertad de empresa debe estar amparada por una norma de rango legal, y dichos criterios deben ser útiles, necesarios y razonables para la ejecución de la prestación objeto del contrato, y no han de causar una desigualdad objetivamente injustificable o desproporcionada. Con base en los antecedentes propuestos, desarrollaremos el concepto de libre competencia económica como derecho, su alcance y limitaciones, el contexto en el cual se desenvuelve, y con qué principio constitucional se tensiona, para concluir su incidencia en la celebración de contratos públicos. Cfr. José García Alcorta. *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, Barcelona 2008, pp. 63 a 74.

[151] Para Correa la libertad económica y los pilares en los que se estructura el sistema económico constitucional, se encuentran, como lo dice la Corte Constitucional, en el "Estado social de derecho" y la "economía de mercado", y "… se simplifica en la totalidad de las tensiones existentes al interior del sistema económico constitucional". Agrega que el "Estado social de derecho" es un principio dogmático, axiológico y finalístico que ordena el sistema constitucional, pero a la vez el principio que en la Constitución económica inyecta a la economía libre unos contenidos que esta no posee, o no asegura de por sí, y que son esenciales para la realización de ese concepto constitucional de Estado; y con respecto de la "Economía de mercado", señala que es su armadura más compacta de la que cuelgan o se desprenden la mayor parte de los elementos económico-constitucionales, como derechos, instituciones, competencias, que dan a la noción explorada una fisonomía precisa.

derecho de libertad es ante todo una atribución positiva para tomar decisiones y hacerlas valer: es el derecho subjetivo de ser libre en tanto no interferido y, a la vez, de ser libre para actuar con libertad. Y es, entonces, derecho diferente pero complementario a una definición objetiva del derecho que comprende exigencias a la libertad, normas jurídicas que le imponen condiciones, y límites a su concepto y a su ejercicio. En esos términos se trata de la integridad del concepto de libertad empresarial que implica el ejercicio del derecho por el titular, actos positivos y por tanto de posiciones jurídicas de libertad para actuar y de derecho para asegurar jurídicamente tales actuaciones. Finalmente, en cuanto a su eficacia normativa, constituye el tipo de derecho de libertad que requiere de la intervención del legislador para su óptimo desarrollo.

3. La doble naturaleza jurídica de la libre competencia económica

a. La libre competencia como derecho objetivo

Como sostiene Correa[159], en su regulación la dimensión objetiva genera del Estado y del legislador la obligación de asegurar la eficacia de la libre competencia como derecho fundamental constitucional de protección, de prerrogativas de mayor autonomía para ingresar al mercado y de mayor igualdad de oportunidades para competir en él con el bienestar colectivo y los intereses generales. Al revisar los pronunciamientos de la Corte Constitucional[160] resulta que la libertad del artículo 333 de la Constitución es una garantía constitucional que sustenta la libertad económica como derecho constitucional que obra como límite para los poderes públicos. Toma como caso lo resuelto en la Sentencia T-892 de 2001, donde se presenta una colisión de derechos entre la libertad de cultos y la libre empresa, por cuanto a una trabajadora se le exige ir los sábados a laborar y ella pertenece a una congregación cuyo culto se desarrolla justamente ese día y al no asistir es despedida. En el estudio que hace la Corte llega a la conclusión de que la imposición del horario se basa en la

[159] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 265 a 273.

[160] Ibíd., pp. 324 a 332.

facultad que tiene toda persona para crear y fundar empresa, pero que se ve en tensión con la libertad de cultos que es otra garantía constitucional, libertad que finalmente es tutelada.

Nos recuerda la autora que el reconocimiento abierto o sesgado de la libertad objeto de estudio como derecho fundamental reposa especialmente en los pronunciamientos de tutela. Sin embargo, advierte que a pesar de que en Colombia existe una flexibilidad en la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte no ha sido categórica en considerar la libertad de empresa como derecho fundamental, libertad que hace parte del sistema económico de la Constitución cuya consistencia jurídica ya fue definida como neutral o más bien dúctil, maleable, precisamente por el legislador según sus conveniencias políticas y las exigencias económicas.

La doctrinante aborda ahora una posición jurídica[161], que se relaciona con el concepto de derechos "de amplia configuración legal" y que ha sido adoptado en Colombia por la Corte Constitucional haciendo referencia a aquellos derechos en los que la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina su alcance y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva, derivado de que su contenido material usualmente es de naturaleza asistencial o prestacional, y que exige una reglamentación en el suministro de los bienes y servicios que lo hagan real y exigible. Ello no implica que estos derechos no posean una configuración constitucional, pues están previstos en la Constitución.

En otro aparte[162] la autora reitera que se ha resaltado como idea de los derechos de configuración legal, en tanto condición relativa a la necesidad que poseen algunos derechos de un "complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad, para dejar en el aire el problema de la distinción entre lo que es en efecto el ámbito constitucionalmente protegido y lo que proviene de la definición del legislador". Se agrega que derivado de la textura normativa constitucional del derecho

---

[161] Ibíd., p. 338 a 342.

[162] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 633 a 639.

(derecho que posee una etiqueta económica), se facilita la imposición de normas legales que supongan una limitación de la libre iniciativa y actividad económica en cualquiera de sus atributos, con vocación de legitimidad, salvo casos extremos. Se advierte, eso sí, que la libertad constitucional debe ser protegida y al legislador le corresponde preservarla, de modo que en el ejercicio de sus funciones delimitadoras y configurantes sea visible la función institucional del derecho,

> … a la vez que su condición de atributo de la persona o sujeto de derechos para actuar libremente e igualitariamente en el mercado, conforme las exigencias que imponga el tipo de actividad y demás intereses específicos, pero siempre reconocible en un ámbito de autonomía y de capacidad competitiva, conforme con la lógica de la economía de mercado, los usos del comercio y unos objetivos económicos constitucionales.

Igualmente, Magdalena Correa[163] se reafirma cuando sostiene que la limitación correcta del derecho de libertad del artículo 333 constitucional debe producirse por la autoridad que posee la función correspondiente, y que es el legislador, pues así se impone la garantía de reserva de ley. Se agrega que la garantía de legalidad formal para la limitación de la libertad de empresa no es absoluta, y por ello cabe admitir la participación del Ejecutivo y de la Administración en la concreción de limitaciones que demanda la especialidad en que se deshace la regulación de las múltiples actividades. Se define la reserva de ley como la técnica o el principio en virtud del cual la Constitución exige que una cierta materia sea regulada por el legislador, como cuerpo colegiado democrático representativo y único, encargado de establecer las normas generales que dispongan del régimen jurídico de dicha área o asunto reservado. Como garantía se refiere al intenso vínculo entre los derechos fundamentales y el principio democrático, que es supuesto de base para comprender y definir las limitaciones de los derechos fundamentales y que, por consiguiente, está en la libertad de empresa, donde se ha podido constatar una significación más elevada. El criterio formal por excelencia de la limitación de los derechos fundamentales está en la reserva de ley, porque una materia de tan delicada naturaleza amerita una decisión respaldada por el debate, por la discusión y por la

[163] Ibíd., pp. 661 a 666.

pugna plural de intereses; y agrega: “De hecho, por su posición en el Estado de derecho y en el Estado constitucional, aún a falta de norma en la Constitución que así lo estableciera, sería admisible entender que la regulación (y la limitación) de los derechos fundamentales es un asunto de competencia exclusiva del legislador”. Concluye, entonces, cuando se refiere a las exigencias de la Constitución colombiana:

> En la segunda (refiriéndose a nuestra Constitución), a través de las específicas referencias a lo largo del artículo 333 de la Constitución, al imponer su presencia para “autorizar” cualquier permiso o requisito relativo al ejercicio del derecho, como “mandato” desde el cual el Estado debe impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica y evitar o controlar el abuso de posición dominante; y, para la “delimitación del alcance de la libertad” por las exigencias del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural.

Si bien en la exposición quedó sentada la posición jurídica frente a las limitaciones de la libertad de competencia económica y que está a cargo del Congreso de la República, no hay que olvidar que estas competencias pueden ser delegadas y en contratación estatal los limites al ejercicio de la libertad de competencia que se traducen en la presentación de ofertas por parte de los interesados, se encuentran justamente en la regulación por parte de la ley del contenido del pliego de condiciones (num. 5 art. 24 Ley 80 y art. 5.º ley 1150), en donde con base en los lineamientos legales, la Administración Pública al elaborar las reglas de participación, las mismas deben ser acatadas por los interesados al presentar su propuesta so pena del rechazo de la misma. Entonces en este caso la limitación no la impone directamente el legislador sino que da los lineamientos para que sea la propia Administración Pública quien limite el ejercicio de esta libertad, pero siempre en el entendido, como le toca al Congreso, que esos limites, barreras u obstáculos sean los necesarios, razonables y proporcionales.

b. La libre competencia como derecho subjetivo

El profesor Alexei Julio[164] nos ilustra acerca del concepto de derechos fundamentales indicando que la dogmática se enfrenta al reto de formular una teoría de los derechos fundamentales que se "adapte al concepto de Estado social, sin renunciar a lo sustancial de su concepción liberal". Menciona que se trata de la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales pues, además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son un sistema de valores que irradia sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Como sostiene este autor a partir de la doctrina extranjera[165] el derecho objetivo estatal determina el ámbito del ejercicio del poder del Estado, e indica que tal afirmación puede llevar a pensar en una negativa rotunda de la existencia de derechos públicos subjetivos, y a su entendimiento como meros derechos reflejos del ordenamiento objetivo; sin embargo, posteriormente afirma que tales normas abstractas, en presencia de una situación de hecho concreta, crean una facultad que sería la protección judicial.

Luego presenta la teoría de los derechos públicos subjetivos señalando que la tarea inicial la emprende Jellinek[166] con la definición de derecho subjetivo como la potestad de querer que tiene el hombre, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés, pues solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o a un interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo. Agrega que toda la actividad estatal se desarrolla en interés de los súbditos, en cuanto el Estado, en cumplimiento de sus tareas, reconoce al individuo la capacidad jurídica de pretender que el poder estatal opere en su favor, otorgándole la facultad de valerse de

---

[164] Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 28 y 29.

[165] C. F. GERBBRE. "Uber öffenliche Recht", P. L. Luccini (trad. Ital. "Sui dirriti pubblici"), en *Diritto Pubblico*, Milán, Giufré, p. 68, citado por Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., p. 35.

[166] G. Jellinek. *Sistema dei diritti subbiettivi*, Milán, Società Editrice Libraria, 1999, p. 49, citado por Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., p. 38.

instituciones; en otras palabras, se le conceden al individuo las pretensiones jurídicas positivas[167], pretensión a la tutela judicial, la cual se puede designar como el atributo esencial de la personalidad, y que consiste en cada caso en la capacidad jurídicamente garantizada de poner en movimiento normas de derecho público en interés individual, y que tiene como destinatario al Estado mismo, con el objeto de que realice, a instancias del individuo, determinados actos de procedimiento judicial. Es en consideración a ello que la ley atribuye al juez la tarea de intervenir en los conflictos individuales según las formas previstas por el procedimiento.

Agrega que el Estado desempeña el papel de asegurar la realización de dicha voluntad individual, y por tal razón, el ordenamiento jurídico se configura como un sistema de derechos subjetivos; sin embargo, aclara que no sólo le corresponde al Estado asegurar la voluntad individual sino también el desarrollo de los intereses de la colectividad, y allí asegura que nace una nueva concepción de los derechos subjetivos, la teoría del interés de Ihering[168], quien sostiene que los derechos subjetivos, aun cuando devienen del interés individual, tienen que ser reconocidos por ser dignos de protección para la colectividad, de manera que su existencia y tutela jurídica están justificadas en el interés colectivo. En resumen los titulares del derecho subjetivo poseen el beneficio de que el Estado les reconoce dicha calidad, a la vez que no pierde su soberanía y la ejerce sobre los ciudadanos, de manera restringida, es decir, con limitaciones y reconociendo la personalidad del individuo.

Para la calificación de derecho subjetivo, Martínez Herrera[169] indica que los derechos fundamentales poseen un carácter estricto y preciso, y que sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho

---

[167] G. Jellinek. Ob. cit., p. 184, citado por Alexei Julio Estrada. La *eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., p. 46.

[168] E. Gatti. *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 14, citado por Karla Georgina Martínez Herrera. *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, tesis doctoral, Alicante, Universidad de Alicante, diciembre de 2015, p. 125.

[169] A. E. Pérez Luño. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 47, citado por Karla Georgina Martínez Herrera. *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, cit., p. 131.

positivo. Agrega que los derechos fundamentales germinan por voluntad del constituyente, y a menudo por la interpretación que de ellos hace el Tribunal Constitucional (interpretación jurídica), así como por la interpretación del legislador (interpretación política). Como lo expone la doctrinante[170], los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: por una parte, el encuentro de la tradición filosófica humanista con las técnicas de positivación y protección reforzadas de las libertades en el Estado de derecho, y por otra lado, el reconocimiento de un sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo cuya satisfacción y tutela se dirigen a los derechos sociales.

Adicionalmente, define los derechos fundamentales como

> … aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Y concluye:

> Por último, conviene advertir que la noción de los derechos fundamentales que aquí se propone no coincide con la de las libertades públicas con la que, en ocasiones, se la confunde. Al igual que los derechos fundamentales, las libertades públicas aluden a facultades y situaciones subjetivas reconocidas por el ordenamiento jurídico; ambas categorías, por tanto, se mueven en la esfera de la positividad. Sin embargo, mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales, como anteriormente se ha indicado, tienen un significado más amplio y comprenden, junto a las libertades tradiciones, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural.

---

[170] Ídem.

Luego, citando a Alexy [171], argumenta que este autor ha proveído a los derechos fundamentales de la valoración de "mandatos de optimización" en los que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia dentro de las restricciones impuestas por la existencia de otros mandatos de optimización, es decir, por otros derechos fundamentales, ya que se consideran principios y no reglas, y que en caso de un conflicto entre dos principios, este se resuelve mediante la ponderación de ambos y decidiendo cuál es el que prevalece según la circunstancia determinada de que se trate. Y en esos términos, es válido decir que ante esta ponderación prevalece aquel principio que tiene mayor "peso" en el caso en concreto[172].

Por otro lado Magdalena Correa[173] señala frente a la libre competencia, la presencia de la dimensión subjetiva del derecho, con lo cual se anuncia la doble faz con que cuenta este derecho y que es predicable en general de todos los derechos constitucionales (fundamentales) [174]. Trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional T-425 de 1995, en la cual, el dueño de una estación de servicio de venta de gasolina interpone una acción de

---

[171] Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Carlos Bernal Pulido (trad. y estudio introd.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 67 y 72, citado por Karla Georgina Martínez Herrera. *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, cit., p. 133.

[172] Efectivamente, respecto de los principios como "mandatos de optimización", Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible dentro de las perspectivas jurídicas y reales existentes, por lo que son mandatos de optimización que se caracterizan porque se pueden cumplir en diferente grado, y porque la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas. Y en cuanto a los conflictos entre principios, Alexy indica que deben ser solucionados de forma que uno ceda ante el otro, pero eso no significa que se declare inválido el principio desplazado, ni que en él haya que introducir una cláusula de excepción. Lo anterior significa que en casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio que tenga mayor peso. Cfr. R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 67 a 72, citado por Karla Georgina Martínez Herrera. *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, cit., p. 133.

[173] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., p. 265 a 273

[174] En este mismo sentdo este autor. Luis Fernando Sabogal Bernal. *Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia*, *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

tutela en contra del propietario de una venta de licores. Había un conflicto de derechos constitucionales entre dos empresarios, que constituyen derechos o facultades subjetivas en cabeza de las persona[175]. Y en complemento, respecto de el carácter objetivo y subjetivo de los derechos señaló que es la manifestación de su condición de derecho constitucional, que hace parte de un sistema normativo de valores, principios y reglas, que sirve al mismo tiempo al titular, para la satisfacción de los intereses individuales, y a la realización de propósitos que se integran al ensamble que conforma el proyecto constitucional, y agrega que a través del derecho se descubre su pertenencia a la noción de Estado social de derecho y su carácter de manifestación específica de la libertad personal, de la dignidad humana. Para la autora la

---

[175] Corte Constitucional. Sentencia T-425 del 26 de septiembre de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Entre sus consideraciones el Tribunal reconoció que en la coexistencia de intereses individuales y colectivos se pueden presentar intereses contrapuestos, y que estos conflictos se traducen en colisiones de normas constitucionales que sirven de respaldo a los derechos enfrentados. Para ello al juez constitucional le corresponde resolver las colisiones entre bienes jurídicos de forma que se maximice la efectividad de cada uno, y ello exige que la colisión de derechos se resuelva revisando la prevalencia de una norma constitucional sobre la otra. En esos términos, para la Corporación la proporcionalidad sería el método para resolver el conflicto. En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad. Para la Corte luego de evaluar los hechos de la demanda de tutela, es que el derecho a la libertad de empresa –que de suyo tiene una función social y supone responsabilidades (C.P., art. 333)–, debe soportar una limitación, con miras a eliminar el riesgo que, para los derechos del actor y de otras personas, genera su ejercicio en las actuales circunstancias". Y concluye que se presenta un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de empresa, por cuanto su ejercicio si bien le reporta un beneficio económico, lo hace en detrimento del interés colectivo por el riesgo de accidente y la salubridad pública. Concluye la Corte en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor para ser consumido en el lugar, lo que genera una amenaza clara e inminente contra los derechos del demandante y de los vecinos, aclarando que la demandada abusa de su derecho a la libertad de empresa al convertir *de facto* su actividad de venta de licor al por mayor y al detal –licencia para la distribución de licor– en una de venta y consumo en el lugar –licencia para bar o cantina–. Las licencias administrativas para la distribución o para la venta y consumo, son de tipo diverso.

utilidad que para las personas representan los derechos es el límite del ejercicio del poder y opera como garantía.

Kaufmann[176] por su parte sostiene que los conceptos jurídicos fundamentales requieren sistematización y que uno de los más importantes es la norma jurídica compuesta por el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y la subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho. Agrega que la norma jurídica es una disposición de validez o una norma de valoración que dice lo que debe o no debe ser. Por otra parte, agrega que de acuerdo con su contenido se clasifican en normas de mandato, de prohibición y de garantía. Para Kaufmann hay otro concepto fundamental que son las fuentes de derecho en cuanto normas que para la decisión jurídica están determinadas por supuestos de hecho de la vida, y su característica es la generalidad: las leyes, el derecho consuetudinario, las reglas generales del derecho internacional público. Adicionalmente aclara lo que denomina la relación jurídica, es decir, la relación entre personas, o entre personas y cosas, regulada por el derecho objetivo, y cuyo núcleo de relación jurídica es un derecho subjetivo, pero que la mayoría de las veces consiste en varios derechos subjetivos. Concluye en este punto que el derecho objetivo es el compendio de las normas jurídicas que regulan la vida en común de los hombres, y el derecho subjetivo es la voluntad de poder otorgada mediante el derecho objetivo para la realización de la autonomía de un interés jurídicamente protegido; entonces, el derecho subjetivo no es ni solamente el interés protegido jurídicamente, ni solamente la voluntad de poder garantizada por el derecho objetivo sino ambos a un mismo tiempo.

Con respecto a este tema de los derechos subjetivos[177], Correa sostiene que con el valor alcanzado por el componente de la libertad económica o de empresa, como un elemento indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema de la economía de mercado previsto en la Constitución, y para la comprensión integral y el cabal ejercicio de esa libertad, también los distintos grupos de interés que conforman el conglomerado social empiezan a adquirir una posición jurídica cierta para defender ante la judicatura esa condición que hace

---

[176] Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 205 a 213.

[177] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 286 a 288.

del mercado un espacio eficiente para la satisfacción de necesidades y para la distribución de la riqueza y el bienestar.

Agrega que en la Constitución Política (art. 88) aparecen de manera ostensible las acciones populares para la protección de los intereses colectivos, relacionados, entre otros, con la libertad de competencia económica, y en esos términos, como interés colectivo enderezado a garantizar la efectividad de la concurrencia libre en los mercados de bienes y servicios, en igualdad de oportunidades, como regla institucional y mecanismo regulativo de la actividad económica. En conclusión nos dice que tanto en la vertiente objetiva como subjetiva,

> … la libertad de empresa o económica, su realización conforme los lineamientos de libertad, igualdad de oportunidades, respecto a los derechos, difusión de las externalidades positivas y control de las externalidades negativas de los procesos productivos, eficiencia en la concurrencia, etc., están en buena parte asegurados por la suficiente protección (o lo contrario, se hallan en tela de juicio por la insuficiente salvaguarda) de los derechos de orden colectivo como los de consumidores y usuarios, o los que giren en torno del medio ambiente y el manejo de los recursos naturales.

Y reitera el carácter de derecho colectivo cuyo interés específico se encamina directamente al funcionamiento adecuado del mercado, y al comportamiento correcto y ajustado en derecho a las reglas, a las buenas costumbres, de quienes participan en él de la forma activa.

Finalmente, Correa se concentra[178] en la calificación de la libertad de empresa o la libertad económica como derecho fundamental y trae a colación a Néstor Osuna[179] quien sostiene que en el derecho constitucional colombiano el carácter fundamental de los derechos se justifica en su naturaleza jurídica de derecho subjetivo, o sea el que otorga a la persona el derecho

---

[178] Ibíd, p. 292

[179] Néstor Osuna Patiño. *Tutela y amparos: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 282 a 287, citado por Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., p. 281.

fundamental a su protección en la instancia judicial, para que en aplicación de ese derecho no se deje de preservar su estatura constitucional[180].

Al respecto agrega[181] que en Colombia, por la valoración sobre la naturaleza jurídica de la libertad económica, se diversifica y admite múltiples e incluso contradictorias señales:

1. Es un derecho fundamental que puede ser protegido con la acción de tutela;

2. No es un derecho fundamental *per se*, pero cabe su protección por de vía tutela en la medida en que se pruebe su conexidad con otros derechos fundamentales;

3. Es una "garantía constitucional", y

4. Es un derecho al parecer fundamental en tanto en los procesos de constitucionalidad su respeto se asegura mediante la verificación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida que lo limita.

Y sostiene que

> … apartándose de estos y de las restricciones dogmáticas, y de la apertura interpretativa y hacia tantas direcciones a que pueden dar lugar las normas constitucionales en las que tienen origen los anteriores planteamientos diversos es posible también detectar que existen en el trasfondo de la jurisprudencia de ambos Tribunales Constitucionales cuatro argumentos o

---

[180] Así lo enuncia Néstor Osuna Patiño. Ob. cit., pp. 282 a 287: "El análisis llevado a cabo en los apartados anteriores permite constatar que la consagración de la garantía judicial de los derechos fundamentales, de la que forman parte el recurso de amparo y la acción de tutela, configura como derecho subjetivo el contenido de los mismos, por lo que hace a su dimensión subjetiva. […] Para la defensa subjetiva de esas prerrogativas, el ordenamiento confiere a sus titulares, entre otras varias garantías, la potestad de invocar pretensiones judiciales contra quienes las hayan vulnerado. La garantía judicial permite así obtener el respeto general de tales derechos, mediante la posibilidad de constreñir a otra persona (particular o Estado) a ajustar su comportamiento a las exigencias constitucionales derivadas de estos derechos".

[181] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa…*, cit., pp. 299 y 300.

posturas que si convergen como elementos de juicio para identificar la naturaleza jurídica de la libertad de empresa o la libertad económica.

Son ellos que la libertad de empresa o económica:

– Es un derecho de configuración legal;

– Es un principio de la Constitución aunque de diversas categorías;

– No puede ser siempre considerado como un derecho fundamental y , al contrario,

– Puede serle descubierta en veces una dimensión iusfundamental por su conexidad no declarada con derechos protegidos con las mayores garantías.

Respecto de la libre competencia como derecho subjetivo y asociado a la contratación pública, y en su condición de comentarista de un trabajo de investigación de Díez Sastre, Covilla[182] nos advierte acerca de la injerencia del derecho de la competencia en la etapa precontractual de la administración pública y de la ausencia de garantías eficientes del particular –oferente– competidor al ver desvanecer su condición de futuro contratista, pero con la aclaración de que debe suponer una ponderación entre el interés general y el derecho de los particulares, asumiendo que sería beneficiosa esta institución en el derecho colombiano. Continúa su exposición frente a la tutela restitutoria previo al perfeccionamiento del contrato, que es el mecanismo que quiere privilegiar el derecho europeo. Entre los aspectos a rescatar está, por ejemplo, y así lo expone el analista, que la garantía europea no sólo se refiere a quienes participan en la selección sino a todos aquellos que han demostrado el interés por dichas selecciones, en su opinión algo ajeno a nuestro ordenamiento, quienes tienen que demostrar "interés directo".

---

[182] cfr. Juan Carlos Covilla Martínez. "Reseña bibliográfica: Silvia Díez Sastre. La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos", Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 157 a 167, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3387/3037], consultada el 17 de marzo de 2019.

Tal como nos comenta Covilla, en Colombia hay una ausencia de garantías eficientes del particular competidor, sin embargo ello no quiere decir que no existan y por ello nosotros hemos considerado en el presente trabajo de investigación la posibilidad de acudir a la acción de tutela. Respecto de la acción de tutela nos indica Quinche[183] que tiene como finalidad la defensa inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuya definición y contenido se encuentra en el artículo 86 de la Constitución y cuando estos sean vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo que se configure un perjuicio irremediable y aquí operará como mecanismo transitorio. Agrega este autor la procedencia de la acción frente a situaciones de perjuicio irremediable como mecanismo transitorio (num. 1º art. 6º decreto 2591 de 1991), y allí se exceptúa que el accionante hubiese agotado el medio ordinario de defensa. Se entiende el "perjuicio irremediable" como una situación asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental y que de progresar se hace irreversible[184] y que para el autor supone al menos los siguientes elementos:

- Que exista un ataque a uno o más derechos fundamentales[185]
- Que existan medios ordinarios de defensa judicial capaces de repeler el ataque del derecho fundamental[186]

---

[183] Manuel F. Quinche Ramírez. *La Acción de Tutela*, Bogotá, Editorial Temis, 2017, p. 6 y 7, y 75 a 77

[184] Para nosotros el "perjuicio irremediable" en la etapa precontractual consiste en la consagración de reglas de participación que generan obstáculos innecesarios que impiden la pluralidad de oferentes y que de no modificarse antes del cierre del proceso de selección cuando se recepcionan las ofertas, puede implicar la ausencia de proponentes, o uno o máximo dos oferentes.

[185] En materia de contratación estatal logramos concluir en esta investigación que siendo el derecho a la libre competencia un derecho constitucional no fundamental, se convierte en derecho fundamental cuando su vulneración se produce en conexidad con el derecho de igualdad para participar, por lo tanto en aquellos casos en los cuales los pliegos de condiciones consagran reglas de participación que contienen obstáculos innecesarios se trata de un ataque al derecho a la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad de los que tienen capacidad para presentar un ofrecimiento por cuanto pueden garantizar el cumplimiento del contrato pero las reglas de participación impiden que puedan presentar propuesta técnica y económica.

[186] Contra los pliegos de condiciones como actos administrativos de carácter general procede la acción de nulidad y con la demanda se pueden solicitar las medidas cautelares excepcionales incluyendo la suspensión

- Que a pesar de existir medios de defensa , el ataque al derecho fundamental sea de tal entidad, que amenace su destrucción[187].
- La decisión del juez de amparar, concediendo la tutela de modo transitorio de modo tal que el afectado quede protegido, mientras se tramita el medio judicial ordinario de defensa.
- Es de cargo del accionante ejercer, de todos modos, el medio ordinario de defensa.

Adicionalmente nos recuerda la jurisprudencia de la Corte sobre el perjuicio irremediable:

- El perjuicio ha de ser inminente, es decir, que amenaza o está por suceder prontamente.
- Las medidas que se requiere para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes[188].
- El perjuicio debe ser grave, es decir, equivalente a una gran intensidad del daño en el haber jurídico de la persona.
- La acción de tutela debe ser impostergable, en tanto necesaria para restablecer la integridad del derecho.

---

provisional. Adicionalmente por tratarse la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad de un derecho fundamental que puede ser protegido a través de la acción de tutela, la libre competencia es un derecho colectivo que tiene como mecanismo de protección la acción popular (art. 88 C.P. y la ley 472 de 1998).

[187] Si bien en la etapa precontractual existen los medios de control judicial contra los pliegos de condiciones, cuando los mismos contengan obstáculos innecesarios que afectan el derecho de participación y el derecho de competir, puede ser posible que no operen de manera eficiente y el juez no alcance a ordenar la corrección de las reglas de participación para propiciar la pluralidad de oferentes, hace que exista un riesgo de destrucción de los derechos en conflicto (la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad).

[188] En el caso de la etapa precontractual, las medidas que puede tomar el juez de tutela es ordenar la modificación de las reglas de participación que sin afectar el interes general faciliten el ejercicio de la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad y la entidad estatal convocante reciba un mayor número de proponentes.

Manuel Quinche[189] luego refiere la tutela contra actos administrativos teniendo claro que de lo que se trata es de proteger los derechos fundamentales en los casos de violación o amenaza por la acción o la omisión de cualquier autoridad administrativa, en todos los escenarios en que se desempeña la administración y en cualquiera de las modalidades de su actuación como los actos administrativos y contratos estatales. Menciona cuatro argumentos a favor de la procedencia integral de este amparo:

- Si la acción procede en contra de toda acción u omisión de autoridad pública, y estas suelen manifestarse por medio de actos administrativos, entonces inevitablemente se concluye que el amparo procede contra los actos administrativos.
- Igualmente habría que aceptar también que siendo evidente que algunos servidores públicos vulneran derechos fundamentales con sus actos administrativos, que ello no relevante o que no existe un remedio distinto a los medios de control previstos en el CPACA. Más aún, si se conviniere que no cabe la acción de tutela en contra de los actos administrativos, tendría que aceptarse la existencia de un grupo de servidores públicos a los que no se les aplicaría la Constitución, lo que es un obvio contrasentido.
- El decreto 2591 autoriza la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general o particular
- Fallos de la Corte Constitucional que así lo ha reconocido.

Con la expedición del CPACA hay que revisar los efectos jurídicos de las medidas cautelares frente a la Acción de Tutela. Para el autor, el artículo 152 del Código Contensioso Administrativo derogado contemplaba la suspensión provisional que en la práctica no servía para nada atendida la intepretación que le otorgó el Consejo de Estado y por ello para la Corte Constitucional no se consideró un medio eficaz de defensa. Derivado de lo anterior la ley 1437 de 2011 incorporó el capitulo de medidas cautelares (art. 229 a 241). Se habla de las medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, en esos términos puede el juez: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta "vulnerante" o "amenazante" cuando fuere posible; suspender un procedimiento o

[189] Manuel F. Quinche Ramírez. *La Acción de Tutela*, Bogotá, ob. cit, p. 176 a 178, 180 a 207.

actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una democión de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven; impartir órdenes o imponerte a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

En esos términos, en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, para Quinche el accionante está obligado a agotar los medios ordinarios de defensa con que cuente antes de solicitar el amparo. Entonces bajo esta perspectiva no resultaría procedente la acción de tutela en contra de actos y actuaciones administrativas, máxime si se considera el establecimiento de las medidas cautelares del CPACA, que eventualmente habrían hecho más eficaces las acciones de la jurisdicción administrativa. Sin embargo se agrega que esto no puede ser asumido automáticamente, pues la vida de las personas, la arbitrariedad de los servidores públicos o de la administración y la evidencia empírica, muestran que a pesar del establecimiento de las medidas cautelares, en numerosos casos el instrumento tampoco es eficaz, razón por la cual resulta procedente la tutela. Entonces en conclusion se considera que la acción de tutela podría proceder cundo la aplicación de normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales[190].

[190] En contratación estatal en la etapa precontractual se presentaría cuando se demanda la nulidad de los pliegos de condiciones y junto con la demanda se presenta la solicitud de las medidas cautelares, y puede suceder que no se admite a tiempo la demanda por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, o el juez popular tampoco se pronuncia a tiempo y el término para presentar la propuesta está próximo a vencerse. En este caso para que el proponente pueda presentarse a la convocatoria pública necesariamente se debe corregir la regla de participación que está generando el obstáculo innecesario y el mecanismo que resulta idóneo para proteger la libre competencia y el derecho de igualdad sería entonces la acción de tutela, donde el juez luego de revisar las pretensiones encuentre que debe ordenar que la administración cambie la regla de participación abusiva y desproporcional, pues a pesar de haberse agotado los medios judiciales incluyendo la solicitud de medidas cautelares, se presenta el perjuicio irremediable de no haberse corregido las reglas de participación y el cierre del proceso para entregar ofertas resultan inminente, en tanto como se advierte aún la jurisdicción de lo contencioso aún no ha admitivo la demanda, o el juez popular tampoco se ha pronunciado.

En el texto de Díez Sastre[191] se evidencia una situación diferente frente a los medios de control que operan en Colombia para proteger los derechos de los competidores. En España el derecho de contratación administrativa regula la búsqueda de la mejor oferta, por lo tanto, existe un cuerpo de reglas separado del derecho civil que ordena la actividad contractual de la Administración en cuanto a los particulares, y supone la relación de competencia entablada entre distintos operadores que quieren prestar el servicio o suministrar el bien requerido por la Administración. En esos términos, para los particulares supone que la finalidad es garantizar que todos los competidores o licitadores tengan las mismas oportunidades de contratar con la Administración, y para ello se establecen unas reglas procedimentales dirigidas a asegurar la competencia entre ellos, que en ocasiones son incumplidas por el Estado con ausencia de litigiosidad en España y en otros países como Alemania, lo cual se debe, según la autora, a las escasas posibilidades de obtener una tutela verdaderamente eficaz, y una vez realizada la adjudicación las posibilidades de lograr su anulación son prácticamente inexistentes. Entonces, concluye inicialmente que la eficacia de la tutela es claramente deficiente y juega en contra de los competidores, dada la escasa probabilidad de éxito en un proceso judicial porque prefieren no enemistarse con la Administración y evitar ser objeto de venganza en futuras licitaciones. Es por ello que, en su opinión, el derecho europeo adoptó medidas dirigidas a garantizar la competencia en el ámbito de la contratación pública. Nos indica, en primer lugar, que el Derecho de la contratación administrativa contempla las reglas que debe observar la Administración para encargar a terceros la realización de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus tareas, específicamente contempla los procedimientos administrativos que conducen a la elección del contratista, donde se debe garantizar la igualdad entre los candidatos y los licitadores que compiten por el contrato; sin embargo, estos derechos no han estado acompañados de mecanismos específicos que garanticen su

[191] Cfr. Silvia Díez Sastre. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2012, disponible en [https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689489.pdf], consultada el 17 de marzo de 2019.

cumplimiento. Advierte que el derecho europeo ha transformado desde los años setenta esta fase para otorgarle una importancia mayor frente a la fase de ejecución, pues su finalidad es abrir el mercado de la contratación pública a las empresas, mediante reglas fundamentales que aseguren la competencia, como los principios de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación (Directivas 2004/17/CE y 2004/18 del Parlamento Europeo). Igualmente, señala que en la europeización progresiva se detectó que había una resistencia de los derechos nacionales a aplicar estas reglas, con una indefensión de los interesados en la licitación, pues los Estados no ponían a disposición de los interesados mecanismos de recurso para denunciar las posibles irregularidades de los procedimientos de adjudicación, con lo cual se podían adjudicar contratos en contravía de estas reglas, lo que derivó en la expedición de las "Directivas de recursos" en los años noventa (Directiva 89/665/CCE del 21 de diciembre de 1989 complementada con las Directivas 92/50/CEE del 18 de junio de 1992 y 92/13/CEE del 25 de febrero de 1992, las cuales se revisan con la Directiva 2007/66/CE del 11 de diciembre de 2007, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos).

Ya en concreto, la autora explica que la europeización de las normas nacionales afectó fundamentalmente las reglas de adjudicación de los contratos públicos, no su ejecución, y sólo a ciertos contratos, y por ello se habla de la categoría de contratos públicos celebrados por entidades vinculadas al interés general, y se acompañan las reglas de adjudicación con mandatos que garantizan su cumplimiento mediante el establecimiento del procedimiento de recursos rápidos y eficaces, mejorando así las posibilidades de tutela de los licitadores, así como la garantía de competencia entre ellos. Se debe entender que se trata de la incorporación de reglas de contratación pública para garantizar la protección de la competencia como objeto último de regulación:

> La funcionalización del ámbito subjetivo de aplicación de normas sobre adjudicación de contratos públicos: el reforzamiento de los mecanismos de tutela de los licitadores frente a las irregularidades cometidas en la fase precontractual, así como los límites que encuentran las autoridades europeas en la configuración del nuevo derecho de la contratación en constante evolución.

Luego explica, en primer lugar, que en el derecho alemán se considera que el Estado compra bienes o servicios actuando como cualquier operador en el mercado, así que se aplican las reglas del derecho civil y se somete al control judicial civil; sin embargo, hay una normatividad que debe cumplir una entidad administrativa en la obtención de medios materiales y de servicios necesarios para el desempeño de sus competencias. En tanto la concepción de derecho administrativo se aplica en el derecho francés y la asumió también el derecho español, donde se elige al contratista más capacitado para llevar a cabo una actuación eficaz, se justifica la creación de procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos. En ambos modelos las reglas de tutela se proyectan en la fase poscontractual y en la relación jurídica entre el Estado y el contratista, así que la posible violación de la competencia entre los interesados en la licitación no se considera un problema relevante que exija la creación de mecanismos de protección *ad-hoc*.

En el estudio de las normas del derecho europeo, en especial de las directivas dedicadas a la ordenación de la contratación pública, se advierte que persiguen la garantía de la competencia entre las empresas de los Estados miembros en la adjudicación de los contratos públicos, y para ello son las reglas de publicidad, transparencia, no discriminación y especialmente, de tutela. Entonces, se refuerza el objetivo inicial de control presupuestario y eficiencia económica con el objetivo especial de protección de la competencia. Sin embargo, lo anterior no ha sido sencillo en la medida en que los Estados han demostrado estar anclados a prácticas proteccionistas que conducen a las violaciones de las normas de las directivas. Para Díez Sastre la finalidad esencial del derecho europeo es la protección de la competencia en la adjudicación de contratos públicos; se trata del reforzamiento de la posición jurídico-subjetiva de los licitadores que va acompañada de la mejora de las garantías de tutela frente a posibles adjudicaciones ilegales. Así que las garantías de tutela van dirigidas a todos los competidores o licitadores en sentido amplio, tanto si han participado en el procedimiento de adjudicación como si no. Y agrega:

> Para garantizar esa posición jurídico-subjetiva básica de los licitadores las Directivas de recursos crean procedimientos especiales e introducen reglas concretas en materia de: medidas provisionales; plazos mínimos; legitimación; eficacia de los mecanismos de tutela; y garantías jurisdiccionales en los órganos encargados de conocer de los recursos. A través

> de la regulación el legislador europeo pretende asegurar la existencia de mecanismos de *tutela restitutoria* a disposición de los licitadores; esto es, *canales de tutela que permiten corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el statu quo ante*, por ejemplo, retrotrayendo el procedimiento de adjudicación. Este tipo de tutela se diferencia, así, de la denominada *tutela resarcitoria*, que es garantizada tradicionalmente por los Estados miembros, y que *solo permite compensar económicamente a los licitadores por el daño sufrido*, por ejemplo, cuando se constata la vulneración del procedimiento de adjudicación una vez que el contrato ya está en grado avanzado de ejecución o incluso cuando la ejecución ha finalizado.

Respecto del recurso especial en materia de contratación Ballesteros[192] señala que tiene su origen en la Directiva Comunitaria 89/665/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1989, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo del 25 de febrero de 1992. Mediante dichas directivas se intentó establecer un sistema eficaz de recursos que hiciera posible la instauración de una contratación pública abierta a la concurrencia, evitando a los licitadores acudir, en materia de contratación, a la vía judicial ordinaria que suponía mayor lentitud y un mayor coste económico, lo que la hacía ineficaz para la resolución de los conflictos. Agrega el autor que no fueron incorporadas en la legislación española por considerarla incompatible y porque, además, dicha legislación ya se ajustaba. Sostiene que el Tribunal de Justicia Europeo dictó dos sentencias donde se condenó a España por no aplicar dichas directivas en relación con el sistema de recursos a las sociedades privadas que formaban parte del sector público, y ello derivó finalmente en su implementación. Adicionalmente, en diciembre de 2007 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2007/66/CE para reforzar el recurso contra la tramitación de las fases de selección. En España ello significó la expedición de la Ley 34 de 2010, un recurso administrativo especial y parcial y para ciertos contratos (p. ej., de obras, de concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre los sectores público y privado, y de acuerdos marco sujetos a regulación armonizada) y actos,

---

[192] Cfr. Pelayo Paulino Ballesteros Panizo. *El sistema de recursos administrativos en los contratos públicos*, Barcelona Universidad Internacional de La Rioja, 1.º de diciembre de 2014, pp. 14 a 40, disponible en [https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/2824/ballesteros%20panizo.pdf?sequence=1&isAllowed=y], consulta 17 de marzo de 2019.

y que tiene como medida cautelar la suspensión automática del procedimiento de contratación. Los actos susceptibles de recurso son aquellos que suceden durante las fases de publicación del procedimiento y las de selección y adjudicación del contratista, y se excluyen las fases de los efectos cumplimiento y extinción del procedimiento de contratación pública. En esos términos son susceptibles del recurso los actos de preparación, tales como los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que determinen las condiciones de contratación; e, igualmente, los actos de trámite cualificados que decidan directamente respecto de la adjudicación, o que imposibiliten continuar con el procedimiento, o que produzcan indefensión o un daño irremediable a los derechos o intereses legítimos de los licitadores. Finalmente, quienes están legitimados para interponer el recurso son aquellos titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, entre otros, y las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos, aclarando que existe un interés legítimo siempre que el acto administrativo objeto del recurso pueda afectar de forma directa o indirecta la esfera jurídica del recurrente, independientemente de que haya o no sido parte del procedimiento de adjudicación.

Vemos cómo en el derecho europeo existe una regulación que establece una acción excepcional y abreviada para proteger los derechos de los participantes, en la cual no se requiere siquiera ser proponente sino simplemente interesado en una convocatoria pública, y tiene por propósito facilitar el ejercicio de derechos como la libre competencia. En Colombia no existe una institución parecida, y si bien estamos proponiendo el reconocimiento del ejercicio de la libre competencia como derecho constitucional en conexidad con el derecho de igualdad, ello nos permite acceder a la acción de tutela para proteger dichos derechos y durante la etapa precontractual, siempre que se agoten los medios judiciales ordinarios (la acción de nulidad y las medidas cautelares conjuntamente con la acción popular) y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Consultando nuevamente a Correa[193] aborda la posición jurisprudencial frente al derecho subjetivo de la libre empresa económica empezando por la afirmación según la cual la

[193] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa…*, cit., pp. 303 a 332.

libertad de empresa es un derecho fundamental que puede ser protegido por la acción de tutela en la jurisprudencia colombiana, y señala que aun cuando la Corte Constitucional admite que la libertad económica sea un derecho fundamental tutelable, no lo declara así en la parte resolutiva. La Sentencia T-419 de 1992[194] señala que con base en los hechos decide que el problema jurídico está en la violación del artículo 333 C.P., pues se exigió un requisito no contemplado en la ley; sin embargo, confirma la sentencia de primera instancia negando la tutela, y sustenta su decisión en el análisis del artículo 29 C.P. Adicionalmente, en la

---

[194] Corte Constitucional. Sentencia n.º T-419 del 17 de junio de 1992, M. P.: Simón Rodríguez Rodríguez. Entre las consideraciones de la Corte Constitucional estaba que la Secretaría de Hacienda del municipio había desconocido el principio de libertad económica del artículo 333 de la Constitución Política y, adicionalmente, el derecho a la propiedad privada (art. 58 C.P.). Para la Corte la regulación de la libertad económica debe provenir de la misma ley por lo que el Secretario de Hacienda exigió un requisito que la ley no establece infringiendo así el artículo 333, pero, igualmente, se trasgredió el artículo 58 referente a la propiedad privada. La Corte definió lo que se entiende por derechos fundamentales y señaló que son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. Agregó que ello supone que se le reconozca una dignidad –la humana– que lo coloca en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales esta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Por ello, son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc. Para la Corte Constitucional el Secretario de Hacienda vulneró el debido proceso administrativo y por ello confirmó lo decidido en tutela en cuanto a la obligación de que el funcionario expidiera el correspondiente paz y salvo del impuesto predial. Luego de estudiada la jurisprudencia referenciada, en este caso la Corte Constitucional reconoció efectivamente la aplicación inmediata del artículo 333 de la Constitución Política y para ello tomó en consideración el artículo 4.º sobre la excepción de inconstitucionalidad, agregando que las libertades económicas no pueden ser limitadas sino conforme a la ley; pero luego reconoció sólo la protección del principio del debido proceso para confirmar la tutela del juez de primera instancia.

Sentencia T-425 de 1992[195] la Corte Constitucional consideró procedente la acción de tutela y de paso la exigencia del principio de legalidad para limitar la libre empresa, donde al resolver el caso en particular señaló que las normas locales que le permitieron al municipio sancionar al empresario eran inconstitucionales y decidió aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En el juicio de proporcionalidad que aplica, la Corte reprocha la irracionalidad e inidoneidad de las medidas de autoridad de policía administrativa, y admitió que, por lo tanto, esta conducta terminó vulnerando el derecho a la libre competencia económica que tiene el carácter de fundamental.

---

[195] Corte Constitucional. Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón. Frente al poder de la policía la Corporación señaló que está destinada a limitar las libertades individuales sólo cuando estén reguladas y tengan por objeto preservar el orden público, lo que se traduce en tranquilidad, seguridad y salubridad, y que está encaminada a evitar perjuicios individuales o colectivos provocados por desórdenes, accidentes, atentados a la salud y a la higiene pública. Igualmente, a la policía administrativa concierne la protección de la moralidad pública, comoquiera que no es más que la prolongación de la protección de la tranquilidad, pero aclarando que la competencia de las autoridades de policía en esta materia no las autoriza en ningún caso a instituir un orden moral en abstracto, sino para actuar anticipadamente y evitar que se afecte el orden público mediante problemas o desórdenes concretos. Por otra parte, el ejercicio del poder de policía tiene límites que se derivan de su objeto específico de mantener el orden público, así que la limitación a la libre empresa debe provenir de la ley, y por otra parte hay autorización para que las autoridades administrativas reglamenten la ubicación de los bares, cantinas, droguerías, farmacias, salones de belleza, panaderías, teatros, heladerías, almacenes, casinos, cementerios, iglesias y otros establecimientos. Por lo tanto considera que los juegos electrónicos constituyen una actividad lícita por ley, que puede ser reglamentada por las autoridades locales. Advirtió, así mismo, que las limitaciones a la libertad económica solo puede establecerlas el Congreso y por ello declaró la excepción de inconstitucionalidad de los decretos que sirvieron de base para cerrar el establecimiento comercial. Para la Corte la autoridad de policía vulneró la libertad económica la cual definió así: "La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social".

Para Luis Fernando Sabogal[196] los primeros fallos de la Corte Constitucional reconocieron la categoría de derecho fundamental al derecho constitucional de la libertad económica, pero luego varió su posición y sólo lo reconoce cuando va en conexidad con un derecho fundamental.

Con respecto a que se trata de un derecho fundamental nos advierte Alexei Julio[197] que al estar en el Capítulo XII de la Carta no se trata formalmente de un derecho fundamental, pero la posición de la Corte respecto de este punto es que el criterio formal no es determinante para considerar que no es un derecho fundamental. Una claridad se puede encontrar –como señala el autor–, en la Sentencia C-265 de 1994 en donde la Corte puntualizó que las libertades económicas no están sometidas a la misma regulación constitucional, en tanto que la Constitución le concede más valor a los derechos y libertades de las personas que a los derechos y libertades de contenido patrimonial, derivado de que la Carta le concede al Estado amplias facultades de intervención en materia económica. La jurisprudencia (Sent. SU-157 de 1999) ha negado su carácter de fundamental y sólo reconoce la acción de tutela cuando su violación sea conexa con otro derecho de rango fundamental (Sents. T-475 de 1992, T-291 de 1994 y SU-182 de 1998), o cuando entre en colisión con un principio constitucional (Sent. C-333 de 1999) o con un derecho fundamental "… esto es sobre todo evidente cuando entran en conflicto los derechos del empresario a regular las condiciones internas de producción y los derechos fundamentales de los trabajadores".

Volvemos con Correa quien cita a Osuna[198] a propósito de las libertades económicas como derecho fundamental por conexidad, y sostiene que la argumentación por conexidad ha sido una herramienta utilizada por la Corte Constitucional que consiste en relacionar un derecho casi siempre de contenido económico, social, o cultural, o de naturaleza colectiva, con los llamados derechos de la primera generación o con los principios y valores constitucionales,

---

[196] Luis Fernando Sabogal Bernal. "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia", *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

[197] Alexei Julio Estrada. "La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional", cit.

[198] Citado por Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., p. 319.

a efectos de determinar su carácter de fundamental. Agrega que esta relación o conexión se da al hallarse estrechamente vinculado a un derecho que no es de la esencia de la persona, y que, por tanto, no merece la protección especial y extraordinaria que supone el mecanismo judicial de la tutela, con otro derecho que sí posee esa condición, y considera que su aplicación no deja de ser criticable e innecesaria, derivado de las características del ordenamiento constitucional colombiano en cuanto a la noción de derechos fundamentales y que para Osuna es un concepto abierto, no limitado. Agrega que la Corte no ha utilizado el factor de conexidad de la libertad de empresa con otros derechos tutelables y en su lugar a tutelado otra libertad.

Señala Osuna[199] que la jurisprudencia del derecho al ambiente sano constituye un primer ejemplo de argumentación por conexión, herramienta que la Corte Constitucional utiliza en sus sentencias de modo habitual. Este ejercicio interpretativo, dice el autor, consiste en relacionar un derecho casi siempre de contenido económico, social o cultural, o de naturaleza colectiva, con otro u otros, de los llamados de primera generación, o con los principios y valores constitucionales, a efectos determinar su carácter de fundamental tutelable. Señala que a primera vista esta línea jurisprudencial parecería innecesaria, como quiera que, ante un objeto de protección abierto como el señalado por la Constitución, no limitado a un número o tipo determinado de derechos fundamentales, en el que incluso se admite la creación jurisprudencial de los mismos, cualquier derecho consagrado en la Constitución puede protegerse de manera directa a través de la acción de tutela, sin necesidad de reconducirlo, por conexión, a alguno o algunos de los derechos de la llamada primera generación. Con la anterior posición jurídica nos indica el camino de la aplicación de la acción de tutela cuándo un derecho está en conexión con un derecho fundamental.

---

[199] Néstor Osuna Patiño. *Tutela y amparos: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 196.

Visto lo anterior, Correa trae a colación la Sentencia SU-157 de 1999[200] en la cual la Corte Constitucional reconoce que las libertades económicas no son derechos fundamentales y que además pueden ser limitadas ampliamente por el legislador, y no es posible restringirlas de manera arbitraria, ni impedir su ejercicio en igualdad de condiciones, cuando las personas estén en condiciones fácticamente similares en aplicación de los artículos 13 y 333 de la Constitución, por lo que es viable su protección en sede de tutela cuando estén en conexidad con un derecho fundamental. En esos términos para la doctrinante, esa conexidad manifiesta entre los derechos facilita un importante precedente para señalar ese sentido iusfundamental de las libertades económicas: aquel que está ligado, conectado con la realización de los derechos más fundamentales. Por lo tanto, al exponer el argumento de la conexidad saca a la luz la trascendencia que para la vida del individuo en sociedad tiene la posibilidad de

---

[200] Corte Constitucional. Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Entre sus consideraciones la Corte señala que hay una garantía constitucional frente a la autonomía privada y libertad contractual (art. 14 Personalidad jurídica, 58 Propiedad privada, 38 y 39 Libertad de asociación y 333 Libertad de empresa), consagrando derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer frente a otros sujetos mediante la intervención judicial. Pasa a considerar la Corporación lo relativo a si la libertad contractual de las entidades financieras son del mismo grado que aquellas que se predican para todas las personas; y simultáneamente analiza si es posible predicar derechos constitucionales en cabeza de los usuarios o potenciales clientes del sistema financiero. En primer lugar, frente a la actividad financiera, concluye la Corte que su acceso depende de condiciones objetivas pero hay una prohibición de que se consagre una sanción que elimine indefinidamente la posibilidad de acceder a las actividades económicas lícitas, entre ellas el ingreso a la actividad bancaria, pues hay un deber de protección que obliga a la intervención del Estado cuando se quebranta la igualdad y se evidencian desigualdades fácticas inmensas, por lo que los derechos fundamentales también constituyen barreras frente al poder de los particulares, de forma que en aquellas situaciones en que los derechos requieren de la intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el juez. Para el Tribunal, como lo ha señalado la Corporación, la libertad de empresa como derecho está sometida a limitaciones que deben venir de la ley y no afectar su núcleo esencial, aunque advierte que pueden ser limitados ampliamente por no es posible una restricción arbitraria, agregando que cuando se encuentra en conexidad con un derecho fundamental se puede predicar su carácter igualmente de derecho fundamental. Para el caso en estudio la Corte encuentra que el derecho de iniciativa privada de los tutelantes se encuentra ligado a derechos fundamentales como la personalidad jurídica y el derecho de igualdad.

participar en el mercado, como facultad específica de la que no puede ser despojado pues ello supone una vulneración inaceptable de un atributo iusfundamental de desarrollo propio y en sociedad.

En otro aparte Correa[201] reitera el reconocimiento de la dimensión iusfundamental de la libertad de empresa o económica por virtud de su conexión con otros derechos fundamentales tradicionales. Por ejemplo, en la sentencia T-291 de 1994[202] la Corte Constitucional observa que, para que sean legítimas, las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa deben

---

[201] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa…*, cit., pp. 353 a 370.

[202] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de junio 22 de 1994. , M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Entre las consideraciones de la Corte Constitucional están las referentes a las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, y señala que para que sean legítimas deben emanar, o ser impuestas, en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. Indica que la legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. Concluye inicialmente que el derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica, sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad. Y en cuanto a las medidas administrativas, sean regladas o discrecionales, tienen que estar fundamentadas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad, y de llegar a presentarse significa la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso. Agrega la Corporación que la intervención del poder público en el ámbito económico no puede llegar a alterar injustificadamente la situación inicial de igualdad en que deben permanecer los particulares frente a la posibilidad de obtener las autorizaciones administrativas para la explotación de una actividad económica determinada, por lo que el derecho a la libre empresa no sólo supone la igualdad en la competencia, sino también la libre concurrencia en condiciones de igualdad (art. 13 C.P.). En cuanto al margen objetivo de apreciación de las intervenciones administrativas en el ámbito de las libertades económicas la Corte Constitucional concluye lo siguiente: "La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o el abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentran el individuo y la autoridad. Toda exigencia desmedida o requisito extraordinario comporta un abuso del poder y una posible invasión en el ámbito de los derechos individuales que debe ser subsanada por la autoridad judicial competente".

emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no puede afectar el núcleo esencial de este derecho, de tal manera que legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. Finaliza la Corte argumentando que el incumplimiento de dichas exigencias, significaría la vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso. Para nuestra autora, este caso plantea un típico ejemplo de conexidad no alegada ni declarada, en el que si bien no se asume la libertad económica como el derecho fundamental digno de tutela, en cambio sí se protegen ámbitos en los cuales la empresa se presenta como sujeto sobre el que recaen afectaciones ilegítimas inadmisibles para el derecho:

> … vulneración del derecho a la igualdad de estar sujeto a las mismas normas que someten a los demás interesados en desarrollar una actividad económica, y de sólo hallarse obligado a las reglas válidamente expedidas, y vulneración del derecho a sólo ser responsable y poderse suspender el ejercicio empresarial, si se han cumplido un correcto procedimiento.

En la Sentencia T-492 de 1993[203] el juez admite la tutela por demanda de violación de los derechos fundamentales a la libre empresa, a la propiedad y al derecho al trabajo, y como

---

[203] Corte Constitucional. Sentencia T-492 del 28 de octubre de 1993, M. P.: Antonio Barrera Carbonell. Entre sus consideraciones la Corte Constitucional señaló que la noción de competencia está íntimamente ligada a la de "libertad económica", y una y otra reciben la consagración y protección de la Carta Política; así lo señala el artículo 333 C.P. Con respecto a la libre competencia, ello supone la actuación libre de competencia desleal, libre de maniobras deshonestas, de prácticas de mala fe, en donde hay un libre juego de competidores. Se reconoce, entonces, que la venta a precio de *dumping* es una práctica contraria a la competencia leal, y como tal constituye un "abuso del derecho"; se entiende que en el comercio internacional el *dumping* se presenta cuando se introducen productos de otro país a un precio inferior al comparable de un producto similar destinado al consumo en el país exportador, y siempre que con ello se cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente, o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional. Reconoce la Corte Constitucional que los términos previstos en el Decreto 150 de 1993 para investigar esta práctica son reglas que hacen que no se pueda argumentar que las autoridades han actuado con omisión de sus funciones, y por ello se confirman en todas sus partes las decisiones de primera y segunda instancias.

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Se deshecha la demanda básicamente porque no se allegó prueba de que la actuación de la entidad demandada hubiese supuesto la amenaza de derechos; salvo esto, es posible deducir que se podían tutelar tales derechos si se hubiera demostrado la amenaza, tan es así, que el juez de segunda instancia no puso en duda la legitimación en la causa para haber instalado la tutela. La conexidad que hace la Corte Constitucional es entre el derecho de petición y la libre competencia del empresario.

Finaliza nuestra doctrinante con una especie de crítica frente a la no consideración de derecho fundamental que ha calificado la Corte Constitucional a la libre empresa económica, señalando que la naturaleza jurídica del derecho a la libertad de empresa no puede estar predeterminada por su contenido económico, pero tampoco podría ser calificada como un derecho fundamentalísimo y digno de defensa con más altos niveles de eficacia cuando atienda intereses que no ponen en vilo la pervivencia del individuo o del negocio en su dimensión humana.

Entonces, se reitera la libertad económica como un derecho constitucional [204] y un derecho propiamente fundamental para ser tutelable, y para ello trae a colación la Sentencia T-475 de 1992[205], en la que se trata una demanda que presenta el dueño de un local de billares al cual

---

[204] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa…*, cit., pp. 322 a 324.

[205] Corte Constitucional. Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Entre sus consideraciones la Corte Constitucional conceptuó que se vulneró no sólo el derecho al trabajo, sino el derecho a escoger la profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de libre empresa y libre competencia económica. Frente a este último derecho señaló: "*Libertades económica y de empresa e intervencionismo estatal* […] 6. Simultáneamente a la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales antes descritos, la libertad económica y la libertad de empresa se suman a los derechos constitucionales limitados por la decisión de la Secretaría de Planeación Municipal. Establece el artículo 333 de la Constitución: '[…] Del artículo anteriormente transcrito se infiere el reconocimiento de los derechos constitucionales a la libertad económica y a la libertad de empresa, dentro de los límites que imponen el bien común y la función social de esta última. El legislador está autorizado para intervenir con miras a delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Ya frente al caso en concreto, se trata de una licencia de funcionamiento que supone que la observancia del cumplimiento

el municipio decide suspender la licencia de funcionamiento en razón de las quejas de la comunidad por la deshonra que significa para el sector dicha actividad. Y si bien se demandó la tutela por derecho al trabajo, la Corte Constitucional estableció una categoría de derechos en la que se incluye la libertad de empresa en una especial nomenclatura de derecho constitucional, y llegó a la conclusión de que en ese caso, además de la vulneración del derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, se vulneraron la libertad económica y la libertad de empresa, que se suman a los derechos constitucionales limitados por la autoridad municipal, y, por lo tanto, decidió que la autoridad municipal vulneró los derechos de libertad económica y de empresa, aparte de desconocer el derecho subjetivo adquirido al haber obtenido la licencia de funcionamiento con todos los requisitos legales exigidos. En su análisis la Corte señaló:

> … dejan ver la intención de proteger no el derecho al trabajo como tal, ni la profesión u oficio, sino en esencia el derecho a la libertad de empresa, pues es y no otra era a decir verdad, la actividad desplegada por el demandante en tutela, y contra ella actuó de modo ilegítimo la autoridad local.

Sin embargo, como bien concluye la autora:

> Y admitida la cautelosa etiqueta de "derecho constitucional" del derecho de libertad económica, ¿por qué no se emplea en este caso la manida y más bien aceptada tesis de la conexidad para la protección de derechos fundamentales? Interrogantes frente a los que

---

del trámite legitima la intervención de la autoridad en la esfera de la libertad de empresa, y si se cumplen los requisitos procedimentales asegurarían la interdicción de la arbitrariedad y del principio de igualdad. Atendidos los hechos y las circunstancias del caso, es claro que al petente le fue reconocida una autorización para el uso del suelo con el fin de explotar un establecimiento comercial, situación jurídica que no podía ser desconocida, sin justificación para ello, por la autoridad o los demás particulares, so pena de vulnerar diversos derechos fundamentales y constitucionales suyos, así como los principios de buena fe y racionalidad que rigen las actuaciones de la administración pública. En derecho administrativo un acto administrativo de carácter particular sólo puede ser revocado con el consentimiento del directamente afectado con la revocatoria. Además de vulnerar el derecho al trabajo, para la Corte existe una vulneración de los derechos de libertad económica y libertad de empresa.

> nuevamente no se tienen respuestas jurídicas, sino apenas la misma intuición de un cierto pudor cultural que se cristaliza en la inconsistencia de los argumentos y por el cual no cabe reconocer a la libertad empresaria, ni siquiera así, al desnudo como se encuentra en este asunto, el valor del derecho fundamental que amerita especial protección.

La libertad de empresa o económica, en tanto libertad como proceso de inmunidad en el ámbito personal de su titular, se halla directamente conectada con los atributos hasta ahora estudiados de participar en el mercado y de poder de organización y dirección (en conexión con los poderes provenientes de otros derechos fundamentales), sin restricciones presupuestas y sólo teniendo como legítimas las que resulten proporcionales y justificadas conforme a la valoración explícita.

En conclusión, para la doctrina[206] la libre empresa no es un derecho fundamental y se encuentra en el salvamento de voto formulado en las sentencias SU-182 de 1998 y SU-1193 de 2000, en las que los magistrados disidentes, al interpretar los principios constitucionales que gobiernan el régimen de los servicios públicos, señalan que no cabe duda de que "los derechos de los operadores de estos servicios tienen un claro origen legal y que, al no tener el carácter de derechos fundamentales no pueden ser amparados en acción de tutela". Y agregan que cuando la mayoría de la Corte amparó los derechos de los demandantes terminó por reconocer la condición de derechos fundamentales de los derechos económicos empresariales, argumentando que no es posible reconocer el carácter de fundamental a derechos radicados en personas jurídicas de derecho público cuyo ejercicio persigue tan sólo derivar un beneficio comercial y económico. Luego, en la Sentencia C-615 de 2002 estableció que la libertad de empresa es un derecho no fundamental de todas las personas a participar en la vida económica de la Nación que el poder público no sólo debe respetar sino promover. Por su parte, la Sentencia T-021 de 2005 señala entre las razones en que se fundamenta para negar el amparo, que la tutela no procede para la protección de los derechos a la libertad económica, la libre empresa y a la libre competencia por cuanto estos no constituyen derechos fundamentales como se desprende de su ubicación en la Carta Política.

---

[206] Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa…*, cit., pp. 349 a 351.

El rechazo como derecho se debe a que el común denominador de estos casos está en la noción de servicio público (salud, servicios financieros, recolección de basuras, telecomunicaciones).

Luego se apoya en Robert Alexy[207] cuando asegura que siguiendo

> … las categorías analíticas de Alexy, hasta aquí responderían a la tipología de derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado, al reunir las tres condiciones de ser una *libertad* jurídica, un derecho al no estorbamiento por parte del Estado y una *competencia para hacer valer judicialmente* la violación de ese derecho.

Y agrega que la protección constitucional de esta libertad va más allá de la mera abstención,

> … y que por consiguiente generan un *status positivus* del derecho como conjunto de obligaciones que le corresponde cumplir ante los titulares de la libertad empresarial y sin las cuales no se completa la noción jurídico-constitucional del derecho. Se trata en efecto de lo que, como sostiene Alexy, constituye una protección positiva de una libertad frente al Estado y que surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva, y que, en consonancia con lo arriba anotado, representa para el titular del derecho que le sea fácticamente posible lo que le está permitido jurídicamente o lo que está librado a su arbitrio.

En la revisión de la jurisprudencia relacionada con los contratos públicos cuando se trata de la fase precontractual se ha reconocido la vulneración del derecho a la libre competencia previsto en el artículo 333 constitucional en conexidad con el derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política, por lo tanto, hay línea jurisprudencial que valida en la materia de nuestra investigación lo planteado en las sentencias referidas, en cuanto a que la protección judicial de la libre competencia económica será en conexidad con el derecho a la igualdad cuando se trata de contratación estatal.

En conclusión la libre competencia económica en primer lugar a pesar encontrarse en la Constitución Politica su ubicación se encuentra en la Constitución Económica y ello hace

---

[207] Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 226, citado por Magdalena Correa Henao. *La libertad de empresa*…, cit., p. 569.

que no tenga la misma prevalencia que los derechos fundamentales por lo tanto no la hace susceptible de ser protegida por la acción de tutela, y solo habría lugar a su protección judicial como derecho colectivo a través de la acción popular. Cuando cabrá la tutela, solo en aquellos escenarios en los cuales la acción de tutela se encuentre en conexidad con un derecho fundamental.

c. Reflexiones finales respecto de la libre competencia en la contratación pública por Albert Sánchez Graells

Respecto de la libre competencia en su relación con la contratación pública[208] Sánchez Graells señala que con la teoría económica clásica la intervención gubernamental en el mercado se justifica cuando surge una falla del mercado[209] (imperfección del mercado) para remediar ese fracaso; en otras palabras, cuando ciertas condiciones obstaculizan el adecuado funcionamiento del mercado la intervención estatal puede contribuir a mejorar el resultado mediante la expedición de normas[210].

---

[208] Albert Sánchez Graells. *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, cit., pp. 75 a 107.

[209] Según Sola desde la gran depresión en la década de los años 30 los economistas empezaron a considerar un sinnúmero de aspectos por los que incluso las economías más ricas del mundo no podían satisfacer ciertas necesidades sociales básicas, y como respuestas a la depresión los gobiernos asumieron el papel activo en el intento por estabilizar la actividad económica y aprobaron medidas legislativas para controlar muchos problemas, uno de los cuales era la distribución del ingreso, pues, debido a su origen social o su educación, muchas personas parecían estar sujetas a una vida de miseria y tendrían dificultades para obtener trabajos bien remunerados. Entonces los gobiernos establecieron programas de lucha contra la pobreza, destinados a facilitar alimentos, a asegurar empleos y asistencia médica, es decir, necesidades que la economía de mercado no podía satisfacer, y por ello se utilizó el término "falla del mercado". JUAN VICENTE SOLA. *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 476.

[210] According to classical economic theory, regulation –or, more generally, governmental intervention– in the market is justice where market failure (or market imperfection) arises and where governmental intervention constitutes an effective (and, arguably, efficient) instrument to remedy that failure. When certain conditions

Agrega el autor que el régimen de la libre competencia y el régimen de los contratos públicos se refieren a la competencia, de tal manera que las normas de contratación pública protegen y fomentan la competencia como medio para lograr una relación calidad-precio y para garantizar la legitimidad de las decisiones de compra. Por lo tanto, la competencia es vista como una técnica que permite al comprador público obtener los beneficios de la presión competitiva entre los participantes así como un instrumento para disuadir al favoritismo y las otras prácticas de corrupción[211].

Por lo tanto –agrega el doctrinante– en el entendido de que la contratación pública depende de los mercados competitivos y de la competencia, es necesario garantizar que el diseño de las normas de contratación pública y su práctica administrativa promuevan la competencia en sentido estricto para que no se generen distorsiones innecesarias a la competencia en un mercado afectado por las actividades de contratación pública[212].

Importante el planteamiento de este autor y sobre todo en la demostración del vínculo entre los dos regímenes, cuando sostiene que cuando las normas de contratación no son

---

impede the adequate functioning of the market, regulatory intervention can contribute to attaining better results by setting market-oriented rules or norms that can reach near-market outcomes. Ob. cit., pp. 76 y 77.

[211] As already mentioned, in their main function –ie, in disciplining the market behavior of some of the main players in a free market economy– both bodies of regulation interact and partially overlap, at least as regulation of competition in the market is concerned. Both sets of regulation are concerned with competition. Public procurement rules protect and promote competition as a means to achieve value for money and to ensure the legitimacy of purchasing decisions. From this perspective, competition is seen as a technique that allows the public purchaser to obtain the benefits of competitive pressure among (participating) bidders (below §IV.B), as well as a key instrument to deter favoritisms and other corrupt practices and deviations of power (below §IV.D). Ob. cit., pp. 81 y 82.

[212] Therefore, given that public procurement strongly relies on competitive markets and focuses on a narrower (but by no means incompatible) aspect of competition, it will be necessary to ensure that the design of public procurement rules and administrative practices, while fi t and appropriate to promote competition in the narrower sense (ie, competition within the procurement process), do not generate unnecessary distortions to competition in its broader sense (competition in the market concerned by public procurement activities). Ob. cit., p. 82.

efectivamente favorables a la competencia pueden generar fallas que el derecho de la competencia está en capacidad de atacar y minimizar; en otras palabras, los principios del derecho a la competencia se aplican para lograr una competencia de mercado no falseada[213].

En esa medida, de acuerdo con lo expuesto por el autor, al parecer los principios que orientan la libre competencia comprometen la contratación pública en dos aspectos: la mejor oferta en calidad y el beneficio económico, ambos relacionados con la puja entre licitantes. Por lo tanto, se podría argumentar la vulneración de la libre competencia cuando un proceso de selección de contratistas restrinja a través de sus reglas la materialización de la pluralidad de oferentes con el argumento de que está impidiendo la obtención de un descuento para la entidad estatal contratante y el sacrificio de obtener una buena oferta que se considere la más conveniente.

Este autor luego plantea los objetivos de la contratación pública y eleva una crítica a la doctrina que no se ha ocupado ni de los aspectos básicos de las normas que la rigen ni de sus objetivos, y luego señala nueve objetivos principales del sistema de adquisiciones: competencia, integridad, transparencia, eficacia del sistema de adquisiciones, satisfacción del cliente, mejor relación calidad-precio, distribución de la riqueza, mitigación del riesgo y uniformidad de las reglas[214]. Y a continuación califica la competencia, la integridad y la transparencia como los objetivos generales y deseables de la regulación de adquisiciones públicas.

---

[213] Similarly, when public procurement rules are not effectively pro-competitive, they can generate market failures that competition law is initially designed to attack and minimize. In those cases, enforcement of competition law's principles (ie, the design of more competition-oriented public procurement rules) becomes necessary if undistorted market competition is to be attained (see above chapter two, §VI). Ob. cit., pp. 82 y 83.

[214] At least nine primary goals of procurement systems have been identified: competition; integrity; transparency; efficiency of the procurement system; customer satisfaction; best value for money; wealth distribution; risk avoidance; and uniformity of rules. As shall be seen, competition, integrity and transparency can be considered the overarching and most desirable goals of public procurement regulation;[214] and a proper balance with the efficiency of the procurement systems needs to be reached. Ob. cit., pp. 97 y 98.

Consideramos que cuando se trata de contratos estatales la satisfacción del cliente tiene que ver con el cumplimiento del *interés general*, por cuanto una vez que se identifica la necesidad que se pretende cubrir con la celebración del contrato esta debe estar asociada a un plan de inversiones prometido por el gobierno temporal a través de un proyecto político que propuso un plan de gobierno y que luego se convierte en Plan de Desarrollo Económico y Social nacional o local, de tal manera que la "satisfacción del cliente" sería el dato de beneficio social que se reporta en la información del proyecto y que se cumple con el contrato estatal que se celebra, a propósito de los objetivos del sistema de adquisiciones.

Dando una mirada a lo relacionado con los objetivos de la contratación pública –el doctrinante– propone una clasificación en cuanto a objetivos internos y externos, clasificando la transparencia y eficacia como objetivos internos ya que es la manera como el Estado organiza su actividad de compra para garantizar su legitimidad política, siendo la competencia un objetivo en principio externo, pero que es interno igualmente si se trata de reforzar la legitimidad (evitando el favoritismo asociado a la transparencia) o para garantizar la no discriminación entre participantes, y finalmente la competencia, que es la principal limitación del comportamiento del mercado del comprador público[215].

Sánchez Graells retoma uno los objetivos de la contratación pública, la relación calidad-precio, para sostener que la promoción de la competencia es una forma de garantizar que el comprador público obtenga los bienes y servicios que requiere en las mejores condiciones posibles del mercado y como un instrumento para asegurar –de acuerdo con el autor– el mejor

---

[215] While transparency and efficiency of the public procurement rules are mostly internal to the public buyer – in the sense that they exclusively relate to the way in which the government organizes its purchasing activities to ensure the political legitimacy and efficiency of the political and administrative institutions– competition is the predominant external goal of public procurement in as much as it should be considered not only an internal objective in reinforcing legitimacy (by avoiding favoritisms, which is more properly the object of transparency goals), or an internal instrument to reinforce the efficiency of the purchasing activities (by obtaining best value for money, although that is one of its paramount effects), or to guarantee non-discrimination between participants in a given tender; but also as the main constraint on the public buyer's market behavior. Ob. cit., pp. 100 y 101.

valor en las compras públicas y, en consecuencia, garantizando que la competencia se ha convertido en el principal objetivo de la regulación de la contratación pública, y constituye el principal instrumento para proteger y promover los intereses de los contribuyentes y de los organismos que financian proyectos de contratación pública. Agrega que el aumento de la competencia en la contratación pública genera mejores resultados económicos y mejora las condiciones en las que el comprador obtiene bienes y servicios en el mercado; entonces, si se eleva la importancia de las consideraciones económicas en la regulación de la contratación pública, los requisitos de la competencia cobran relevancia[216].

Por ello sostiene que la competencia se erige como uno de los fundamentos básicos de la normativa de la contratación pública, y se valida en cuanto que la garantía de una competencia libre y abierta en el ámbito de la contratación pública se ha convertido en un principio jurídico general y en el principal objetivo de los organismos públicos en la búsqueda del interés público, así como en garantizar el ejercicio de la libre empresa. Complementa lo anterior asegurando que la competencia se fomenta generalmente a través de la publicidad de las licitaciones, suponiendo que se presentará una fuerte competencia entre proveedores una vez se enteren de las necesidades del comprador público. La consecuencia de la competencia es que el comprador público adjudica el contrato al licitador que ofrezca las condiciones más ventajosas, ya sea por criterios asociados al precio o con la

[216] Promotion of competition has traditionally been viewed as a way to guarantee that the public buyer obtains the goods and services it requires in the best possible market conditions –ie, as an instrument to ensure value for money or best value in public purchases– and, consequently, ensuring competition has become the main goal of public procurement regulation, as the main instrument to protect and promote the interests of taxpayers and funding agencies financing public procurement projects. Increased competition in public procurement generally yields better economic outcomes and improves the conditions in which the public buyer sources goods and services in the market; consequently, as the importance of economic considerations in public procurement regulation grows, so competition requirements gain relevance. This has been recognized constantly and incontrovertibly throughout the history of public procurement, and constitutes one of the basic foundations of current public procurement regulations. Ob. cit., pp. 101 y 102.

combinación de otros criterios. Lo anterior hace suponer la necesidad de evitar prácticas discriminatorias que pudieran excluir a potenciales competidores[217].

En resumen, para el autor consultado, una manera simplificada de considerar los objetivos de la competencia a ser interpretados en el sistema de contratación pública[218] consiste en:

1) La difusión de la información;

2) La admisión del mayor número de competidores mediante la supresión de prácticas discriminatorias en el proceso de licitación, y

3) La adjudicación del contrato a la oferta que ofrezca una mejor calidad-precio al comprador público de acuerdo con los criterios objetivos preestablecidos.

---

[217] Competition is generally fostered through the publicity of calls for tenders, on the assumption that strong competition will arise among potential suppliers once they are acquainted with the public buyer's needs. Open and competitive procurement processes imply that the public purchaser will not limit the number of competitors that can participate (or, at least, not below a number of participants that ensures effective competition), and that the public buyer will award the contract to the bidder that offers the most advantageous conditions –be it determined exclusively as regards prices, or be it decided by taking into account a broader set of criteria to determine the most economically advantageous offer. A further development of the aforementioned requirements may easily lead to the need to avoid discriminatory practices that could exclude potential competitors –for instance, by establishing technical specifications that only a few or one of the potential suppliers could meet– or that could diminish their incentives to compete for the public contract –such as preferential treatment or other schemes that could handicap certain competitors who would be discouraged from participating in the tender process. Ob. cit., p. 103.

[218] Therefore, in a simplified way, it can be considered that competition goals tend to be interpreted in the public procurement system as mainly requiring

i) systematic diffusion of information (ie, of contract opportunities) as regards public tenders for contracts,

ii) admission of the largest possible number of competitors (hence, abolishing discriminatory practices in the tendering process), and

iii) award of the contract to the offer that yields better value for money to the public purchaser, according to objective and pre-established criteria. Ob. cit., pp. 103 y 104.

Pasando a otro objetivo interno de la contratación pública el doctrinante señala que se trata del principio de transparencia, y sostiene que este principio contribuye indirectamente a la consecución de los objetivos competitivos de la contratación pública ya que le permite a los agentes del mercado (los licitantes) vigilar las oportunidades de negocio potenciales y refuerza sus incentivos para competir y participar en licitaciones por la confianza que les genera el sistema, ya que los agentes del mercado estarán convencidos de que no serán tratados de forma discriminatoria y tendrán incentivos más fuertes para asumir costos y riesgos de la licitación para los contratos públicos[219].

De acuerdo con lo expuesto, para la doctrina la libre competencia no es un asunto accidental a la contratación pública, y como ha sido reiterado tanto en otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia, por el contrario es fundante en la convocatoria pública y más específicamente en la licitación pública que ha sido objeto de nuestro estudio. Se vuelve de la esencia para la licitación pública que la entidad estatal garantice la libre competencia, la posibilidad de que a los interesados que tengan las capacidades técnicas se les permita cumplir con el objeto del contrato a adjudicar y para ello se conmina a evitar prácticas discriminatorias que pongan a unos proponentes en situaciones ventajosas frente a otros interesados. Una vez logrado este propósito las consecuencias son favorables para las entidades estatales contratantes, por cuanto a través de la puja entre licitantes se logra la obtención de la ofertas más convenientes en términos de calidad y un beneficio económico.

---

[219] Finally, as has been stressed by most commentators, another of the basic goals of the public procurement process is to guarantee that it is conducted in a transparent manner. Transparency also indirectly contributes to attaining the competitive goals of public procurement as it allows market agents to monitor potential business opportunities and reinforces their incentives to compete and participate in public tenders by building up trust in the system –as long as transparency does not disclose misbehavior by the public buyer, private agents will be more contend that they will not be treated discriminately and will have stronger incentives to undertake the costs and risks of bidding for public contracts. Ob. cit., p. 107

d. La acción de tutela en materia de contratación estatal

En una sentencia[220] la Corte Constitucional revisa el derecho a la igualdad en un caso relacionado con contratos estatales de una tutela interpuesta por un interesado en presentar una propuesta en una licitación pública abierta por una entidad para la contratación de una obra pública. Se trataba de adjudicar dos puntos a todo aquel que demostrara haber permanecido los últimos seis meses en el municipio donde se surtía la convocatoria. Al final la Corte Constitucional consideró que se presentó una vulneración de los artículos 13 y 333 de la Constitución, por cuanto así fuera muy loable la protección de la industria local, no era el único medio para lograrlo y si se sacrificaba de manera indebida la libre empresa y el derecho de la igualdad. En esta investigación analizamos este fallo y lo pasamos por el juicio integrado de igualdad donde llegamos a la conclusión de que se trataba de proponentes que tenían la capacidad de presentar ofertas a pesar de sus diferencias, y por lo tanto se les autorizaba a someterse al test de proporcionalidad, donde se determinó que la justificación dada por la entidad estatal frente a la protección de la industria local era adecuada, máxime cuando existe una norma especial cuya sustentación al regular los procesos de contratación para Mipymes depende del legislador y es la protección de la industria local (arts. 12 Ley 1150 de 2007 y 32 Ley 1450 de 2011). Sin embargo, cuando se sometió al test de necesidad no lo superó por cuanto, como lo planteó la Corte Constitucional, la protección de la industria local no tiene ninguna relación con la ejecución de la obra, por lo tanto la medida de otorgar dos puntos al proponente residenciado o permanecido los últimos seis meses en el municipio de Pereira se consideró innecesaria para cumplir con el objeto de la obra pública, coincidiendo con el resultado de la sentencia.

En esta sentencia[221] una empresa que presta servicios de televisión instauró una tutela contra la Comisión Nacional de Televisión, frente a las reglas de participación contenidas en los

---

[220] Corte Constitucional. Sentencia T-147 del 17 de abril de 1996, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

[221] Para la Corte Constitucional la selección del contratista contiene un procedimiento que supone el establecimiento de mecanismos propuestos para garantizar la libertad e igualdad de concurrencia entre los interesados en la contratación, y la protección del interés general con la escogencia de la propuesta más

pliegos de condiciones para adjudicar en licitación pública una concesión de televisión. La violación se centró en reglas ambiguas para seleccionar a los aspirantes y, por el contrario, contenía criterios subjetivos, donde se distribuía como factor de calidad y contenido un 75% de la ponderación y sólo un 25% para aspectos técnicos (experiencia, capacidad profesional y respaldo económico de los licitantes). Por lo anterior optó por no presentarse al proceso de selección.

Con respecto a los requisitos del pliego de condiciones, hay que remitirse al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 donde se señala que deben ser cumplidos por los interesados, y cuya inobservancia genera la ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones. Por otra parte, advierte respecto de la pertinencia de interponer la tutela en materia de contratación estatal sólo en aquellos casos en que los medios ordinarios de defensa judicial no resulten idóneos o adecuados para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o cuando siendo idóneos sea viable acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

---

ventajosa para la entidad contratante y, en últimas, la satisfacción de los intereses públicos a los que apunta la contratación. Toma la oportunidad la Corte Constitucional para definir la licitación como un proceso integrado por varias fases que se cumplen en oportunidades distintas pero sucesivas, convenientemente reguladas por la ley y el pliego de condiciones, mediante normas que obligan y regulan tanto la conducta de la entidad contratante como la de los sujetos que en calidad de oferentes intervienen en aquél, en donde se inicia con una etapa previa que corresponde a la fase de publicidad o convocatoria pública, y continúa luego con la presentación de las ofertas, que es la fase central donde se fija la posición de los licitantes, para luego seguir con la selección y adjudicación en donde definitivamente se compromete la voluntad estatal y concluye con la suscripción y perfeccionamiento del contrato. En el trámite descrito la Corte considera que los pliegos de condiciones constituyen un elemento importante en el proceso de contratación por cuanto allí se plasman las exigencias y condiciones técnicas, económicas y jurídicas que deben cumplir los licitantes y que reflejan la voluntad de la administración a través del objeto y naturaleza del contrato. Siendo la ley del contrato los pliegos de condiciones, dentro de los tres días siguientes al término para presentar ofertas, la administración puede introducir modificaciones al mismo para superar las ambigüedades o disposiciones contradictorias que puedan afectar la adjudicación, sin perjuicio de que los interesados puedan seguir presentando observaciones al pliego de condiciones definitivo. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 1998 del 28 de abril de 1998, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz y Susana Montes de Echeverry.

irremediable (reiteración jurisprudencial de las sents. T-147 y T-231 de 1996). No se aceptó la tutela porque no se demostró interés legítimo para promoverla.

En otra sentencia de tutela la Corte Constitucional[222] revisó la acción de tutela presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, las Empresas Municipales de Cali (EMCALI), las Empresas Públicas de Pereira, las Empresas Públicas de Medellín, las Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A., contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

La Corte Constitucional estudió el derecho a la igualdad en relación con el acceso al espectro electromagnético y para ello trascribió el artículo 75 de la Constitución Política donde regula su naturaleza jurídica como un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a gestión y control del Estado, en donde se debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso. Ese derecho, agrega, es reconocido por la Constitución no solamente a las personas naturales sino a las jurídicas –incluidas las de naturaleza pública–, y no presenta un contenido que sustancialmente lo sustraiga de los elementos básicos del derecho a la igualdad. Por el contrario, hace parte de él; es una de sus especies y, en consecuencia, obedece a los fundamentos y postulados constitucionales que informan aquél –los cuales han sido extensamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte–, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para impetrar de los jueces inmediata y completa protección.

Para la Corte Constitucional al derecho de igualdad de oportunidad es una garantía constitucional que consiste en impedir que, al iniciarse entre las personas –naturales o jurídicas– una competencia para alcanzar o conseguir algo que se relacione con la prestación de un servicio público; alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de

[222] Corte Constitucional. Sentencia SU 182 del 6 de mayo de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes.

Por lo tanto, la pretensión de la Constitución es que en el punto de partida, a lo largo de la competencia y hasta su culminación todos los competidores reciban igual trato; se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije con las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades, obviamente, siempre bajo el supuesto de la equivalencia de situaciones y circunstancias (igualdad real y efectiva).

Concluye el Tribunal que las entidades actoras no contaban con otro mecanismo de defensa, puesto que asuntos como los aquí considerados –si una persona jurídica de derecho público es titular del derecho fundamental a la igualdad, y si, en consecuencia, está legitimada para procurar su protección en sede de tutela– son puntos respecto de los cuáles sólo se puede pronunciar el juez constitucional a través del proceso en el que decide si otorga o no amparo judicial a los derechos fundamentales aducidos como conculcados o gravemente amenazados por las entidades demandantes.

Considera la Corte que la actuación de la COMISION DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT) impuso a las entidades demandantes limitaciones a la libre empresa que no fueron establecidas por la ley, y así lo expuso la jurisprudencia en la Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994 sobre la explotación económica de los juegos de azar, cuando indicó que, para que sean legítimas, las limitaciones constitucionales a la libertad de empresa deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, y que supone no sólo la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad. Agrega la sentencia que la intervención del poder público en el ámbito económico no puede llegar a alterar injustificadamente la situación inicial de igualdad a que son acreedores los particulares frente a la posibilidad de obtener las autorizaciones administrativas para la explotación de una actividad económica determinada, pues el derecho a la libre empresa no sólo supone la igualdad de competencia

sino la libre concurrencia en condiciones de igualdad. De esta manera confirma los fallos de primera y segunda instancia que concedieron el amparo.

Es evidente que con esta jurisprudencia se protege la libre competencia económica prevista en el artículo 333 constitucional en conexidad con el artículo 13 ibídem relativo al derecho a la igualdad.

Siguiendo con la exposición de acciones de tutela que involucran el contrato estatal, en una tutela revisada la Corte Constitucional[223] decidió la procedencia de una acción interpuesta por Inverapuestas contra la Lotería de Bolívar en una licitación pública para adjudicar en concesión la explotación del juego de apuestas permanentes "Chance" en el Departamento de Bolívar. La demanda se interpuso por violación de los derechos fundamentales del debido proceso a la igualdad, la libertad económica, la buena fe y la confianza legítima.

Al otorgar a todas las personas previstas que reunían la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la administración y obtener el derecho de ser beneficiarias de la adjudicación del contrato, siempre que presentaran la oferta más favorable, la Corte indicó que los derechos involucrados en el derecho de participación de los proponentes eran la igualdad (art. 13 C.P.) y la libre concurrencia (art. 333 C.P.). Entonces, la licitación pública es el instrumento idóneo para garantizar los principios

---

[223] Aprovechó la Corte para indicar que, como regla general para seleccionar al contratista, la licitación pública es un procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula una convocatoria pública, dirigida a todas las personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un negocio jurídico, para que en igualdad de oportunidades, y en estricta sujeción a los pliegos de condiciones, presenten ofertas a fin de seleccionar aquella que resulte más favorable a los intereses del Estado. Agrega la Corte que la licitación pública se convierte en la herramienta idónea para salvaguardar el principio de la función pública (art. 209 C.P.) denominado moralidad administrativa ya que garantiza la transparencia e imparcialidad para que las entidades elijan al mejor proponente; y, lo más importante, proscribe cualquier discrecionalidad que permita a los servidores públicos adjudicar el contrato a favor del proponente que no reúna las mejores condiciones para la ejecución del proyecto. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU 713 del 23 de agosto de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

constitucionales de moralidad administrativa, igualdad, libre concurrencia y publicidad, y sobre todo para garantizar los intereses económicos del Estado.

Y para definir el derecho a la igualdad se apoyó en una sentencia del Consejo de Estado que indica que la licitación pública tiene por propósito asegurar el cumplimiento de dos objetivos: elegir al mejor contratista a través de la comparación del mayor número de ofertas y que todos los empresarios estén en capacidad de contratar a través de un "medio que asegure la igualdad de trato". No se estudió la demanda toda vez que no se agotaron los medios judiciales idóneos para proteger los derechos demandados, al ser la tutela un medio subsidiario.

De la exposición de la doctrina respecto de las posibilidades de protección individual que se le reconocen a la libre competencia económica, encontramos que la posición jurídica es que no se trata de un derecho fundamental salvo que esté en conexidad con un derecho fundamental. Para la contratación estatal vimos que para los procesos de selección cuando media una convocatoria pública la entidad estatal contratante al elaborar los pliegos de condiciones y en específico sus reglas de participación, pueden incurrir en trasgresión al ordenamiento jurídico si se detecta que los interesados están en capacidad de ejecutar el objeto del contrato por sus capacidades jurídicas, financieras y técnicas y dichas reglas no están en la proporcionalidad con las exigencias del proyecto; o dicho de otra manera, las reglas de participación se presentan como un obstáculo innecesario a su pretensión, o que las reglas de participación son arbitrarias y no poseen ninguna justificación y, en fin, son irrazonables y desproporcionadas. Con esta conducta se vulnera no sólo el derecho a la libre competencia económica sino el derecho a la igualdad de oportunidades, al considerar que los interesados no están recibiendo igual trato a pesar de poseer las condiciones para otorgarle garantías a la entidad estatal del cumplimiento del futuro contrato estatal a suscribir. Si luego de solicitar a la entidad estatal que revise dichas reglas hay lugar a considerar la interposición de la acción de tutela por vulneración de estos dos derechos, pero siempre agotando los medios judiciales tales como las medidas excepcionales, la acción de nulidad, y la suspensión provisional prevista en el CPACA, y simultáneamente la acción popular para la protección del derecho colectivo a la libre empresa, y, finalmente, acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. El juicio integrado de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Al estudiar el artículo 333 de la Constitución Política tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional encuentran que dicho derecho, además de estar limitado por el bien común, no se encuentra dentro del catálogo de derechos constitucionales sino ubicado en la Constitución económica. Se plantea, por ejemplo, que la libertad económica como derecho objetivo supone que se les concede a sus titulares el derecho de participar en el mercado. En este caso encontramos que para la contratación pública existe allí un mercado para acceder a los contratos públicos por parte de proveedores, prestadores de servicios y constructores bajo las reglas del derecho público, estableciendo una relación vertical entre estos y las entidades estatales. Y aquí cuando se dan aplicación a las reglas de derecho público involucra no solamente el concepto de interés general, que es el principio obligado a proteger por la entidad contratante, sino que al materializar este principio los interesados se ven eventualmente lesionados en este derecho de la libre competencia.

La pregunta que surge cuando se trata de ejercer el derecho de la libre competencia a ser protegido judicialmente es si hay lugar a la acción de tutela y por ello se debe responder en primer lugar si se trata o no de un derecho fundamental.

Alexei Julio[224] menciona los límites de la libertad económica y refiere la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-265 de 1994[225] que indica el control de constitucionalidad en materia de libertad económica en un control de constitucionalidad no estricto, con unas reglas que están en la Sentencia C-624 de 1998[226]. Quiere esto decir que

---

[224] ALEXEI JULIO ESTRADA. "La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional", cit.

[225] Donde la Corte Constitucional establece una distinción entre "derechos preferentes" y "derechos no preferentes", por lo que se deduce que las libertades económicas y el resto de derechos civiles "no están sometidas a una misma regulación constitucional".

[226] Para la Corte debe haber un equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, debido principalmente a la incorporación de la fórmula del Estado social de Derecho, en virtud del cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución. Así, la noción de Estado social "… desplaza la valoración específica de la limitación sobre el derecho de libertad económica en tanto razón de peso discursivo suficiente".

en la Constitución Política existen unos derechos preferentes frente a otros que no lo son como son las libertades económicas.

Como vemos, en distintos fallos tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que la libre competencia económica no se considera un derecho fundamental a pesar de encontrarse elevada a rango constitucional, y la razón se encuentra en que, por tratarse de libertades económicas, no están sometidas a la misma regulación constitucional, ya que la Constitución le concede más valor a los derechos y libertades de las personas que aquellos de contenido patrimonial. Sin embargo, concluyen que la libre competencia económica sería un derecho fundamental si está en conexidad con un derecho fundamental. Para el caso de la contratación pública el ejercicio de la libre competencia compromete igualmente el derecho de igualdad, de tal manera que todos aquellos interesados en presentar un ofrecimiento al Estado cuando este formula una convocatoria pública y se sienten en capacidad legal, técnica y financiera, están promoviendo su derecho de participación, de tal manera que cuando se considera que las reglas de derecho público diseñadas por la entidad estatal contratante exigen unos requisitos mayores a los requeridos por el mismo proyecto, no sólo se afecta el derecho constitucional a la libre competencia sino adicionalmente, de manera grave, el derecho de igualdad, por cuanto no todos los interesados tienen el mismo trato de la entidad estatal, y asi quedo sentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional tanto en los casos que concedió el derecho como en aquellos casos que lo negó por no agotar los medios judiciales, que en la contratación pública estaba comprometida tanto la libre competencia económica como el derecho de igualdad de oportunidades. De acuerdo con lo expuesto consideramos que es necesario consultar la posición de la Corte Constitucional frente a la igualdad de trato, al estar involucrado el derecho de igualdad de oportunidades para presentar un ofrecimiento.

Mediante la Sentencia C-1125 de 2008 la Corte Constitucional[227] decidió respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 3.º de la Ley 1148 de 2007 "por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones", que consagra una competencia para los municipios de adquirir una póliza de

[227] Corte Constitucional. Sentencia C-1125 del 12 de noviembre de 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

vida para los concejales, sólo autorizando su venta a los corredores de seguros y las compañías de seguros, dejando por fuera a las agencias de seguros.

Por lo tanto, para el Tribunal la Corte Constitucional debe resolver si el enunciado normativo demandado vulnera el principio de igualdad y el derecho a la libre competencia y al trabajo de los agentes y las agencias de seguros. En primer lugar la Corte, en sus consideraciones, abordó el principio general de igualdad y el derecho a la igualdad.

En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Por lo tanto, ello supone que la igualdad también constituye un concepto relativo, pues dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Para la Corte Constitucional realizar el estudio de la demanda de inconstitucionalidad derivado de la posición del demandante quien alegaba una diferencia de trato generada por la norma al privilegiar específicamente a uno de los actores del mercado de seguros dejando por fuera otros, era otorgar un privilegio a los corredores de seguros y/o compañías de seguros, excluyendo a los agentes de seguros y a las agencias de seguros. Por lo tanto, para la Corte se trataba de indagar las razones que justificaban al legislador para excluir un sujeto que estaba autorizado a desarrollar una actividad de intermediación de seguros.

En primer lugar, la Corte precisó que se debía examinar si el trato diferenciado dispensado por la disposición acusada entre corredores de seguros, agentes y agencias de seguros era proporcional y razonable. Por estar en juego derechos constitucionales tales como la libertad de competencia –porque la exclusión de los agentes y las agencias de seguros afecta la faceta de la libertad de competencia como un derecho de los agentes a concurrir en el mercado–, el derecho al trabajo o la libertad de ejercer un oficio –pues el enunciado normativo puede ser

entendido también como una restricción a la libertad de ejercer el oficio de agentes colocadores de seguros–, de conformidad con la metodología propuesta por esta Corporación en otras decisiones –el denominado juicio integrado de igualdad–, el trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo.

Al analizar la sentencia de la Corte Constitucional arribamos a las siguientes conclusiones en relación con los contratos estatales.

El derecho a la igualdad carece de contenido material específico al no proteger ningún ámbito concreto de la esfera humana así que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, de allí su carácter relacional, y frente a cualquier actuación de los poderes públicos.

El debate en torno a la celebración de contratos estatales que se desarrollan frente al trato diferenciado injustificado se presenta cuando, ante la potencial ejecución del objeto de un contrato estatal, una persona natural, en ejercicio de una profesión, o un empresario se sienten con la suficiente competencia de ejecutar con sus propias capacidades legales, técnicas y financieras dicho objeto. De allí el carácter relacional del derecho a la igualdad en la celebración de contratos públicos pues se deriva del potencial o espectro de proponentes que reúnen las condiciones legales, técnicas y financieras para suministrarle al Estado bienes, servicios y la ejecución de obras, independientemente de que sean reconocidos o no por quien los va a contratar, por cuanto, siendo conocedores del mercado donde desempeñan su ejercicio profesional o su labor empresarial, tienen la convicción particular de que están en plena capacidad legal, financiera y técnica para cumplir con el objeto del contrato que potencialmente podrán suscribir, pero obviamente con la condición de que logren superar las barreras de los pliegos de condiciones de la entidad estatal en la fase precontractual, que sólo serán legales cuando estén plenamente justificadas.

Los que no están ubicados en ese espectro son aquellos interesados que, teniendo expectativas, no pueden eventualmente presentar un ofrecimiento al Estado porque no les brindan las garantías suficientes para cumplir con el objeto del contrato, y para los negocios estatales se trata del fin de la contratación estatal, es decir, el interés general. Esta última franja de los no admitidos, rechazados o no convocados no puede exigir un trato del derecho

a la igualdad porque no reúne esos requisitos mínimos que exige el interés general representado en el objeto de un contrato y que se trata de que quien vaya a ser contratado, reiteramos, garantice su cumplimiento.

Los primeros serán entonces aquellos que tengan la posibilidad de alegar un trato discriminado no justificado, e inicialmente se lo harán saber a la respectiva entidad estatal a cargo de adelantar la convocatoria pública donde, mediante los pliegos de condiciones, va a definir los requisitos que deben cumplir los interesados que van a presentar un ofrecimiento, y allí podrán presentarse los que consideren que tienen las capacidades legales, técnicas y financieras para cumplir con el objeto del contrato.

La Corte Constitucional propone un control de constitucionalidad mediante el test de igualdad, que también es válido en el ámbito del derecho administrativo, y la razón es la precisión del alcance del principio general de igualdad en su acepción de igualdad de trato a partir del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos –uno de ellos, p. ej., la Administración Pública–: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y por otra, el principio de igualdad comprende un mandamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar situaciones diferentes. Y así la Corte lo descompone en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 C.P., con el propósito de proteger a los titulares de este derecho frente a comportamientos de las autoridades que sean discriminatorios y carezcan de justificación:

i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común;

iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias[228], y

iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que estén también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Consideramos que en contratación estatal cuando se trata de las convocatorias públicas, donde las reglas de participación se encuentran reguladas en los pliegos de condiciones, el mandato que se aplica para determinar la igualdad de trato es aquel que señala que un

---

[228] En la licitación pública No. LP-SIV-001-2019 promovida por el Departamento del Valle del Cauca y específicamente la Secretaría de Infraestructura y Valorización para la adjudicación de una obra con destino a una infraestructura de transporte, se presentaron 30 proponentes y se generó un debate jurídico sobre si se podía o no rechazar a unos proponentes por cuanto al parecer dentro del comité de evaluación de las ofertas en el componente jurídico asumieron que se estaba condicionando la oferta (art. 30 ley 80) por cuanto en la CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA diligenciaron en el formato que NO renunciaban al anticipo. En estos términos encontramos tres clases de proponentes. Los proponentes que NO renunciaron al anticipo. Los proponentes que renunciaron al anticipo y aquellos que guardaron silencio. Al aplicar el juicio integrado de igualdad encontramos que frente a la subregla: "un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias"; las diferencias están en que cada grupo tuvo un tratamiento diferencial frente a la forma de pago anticipo (un crédito girado por las entidades estatales a favor del contratista y en un porcentaje que no puede superar el cincuenta por ciento del valor total del contrato y regulado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993); sin embargo, la similitud frente a los tres componentes de proponentes, es que la entidad estatal advirtió en muchas cláusulas de los pliegos de condiciones que no concedería como forma de pago anticipo; por lo tanto, los tres grupos de proponentes tendrían como similitud que no recibirían anticipo en la ejecución del contrato, es decir, tanto los proponentes que NO renunciaron a él, los proponentes que renunciaran a él o los proponentes que guardaron silencio. Por eso consideramos que no habría lugar al rechazo del primer grupo por cuanto se presentaría un trato discriminatorio por parte de la entidad estatal frente a este grupo, los que NO renunciaron al anticipo, en la medida en que su renuncia equivaldría a aspirar a cero (0) anticipo, es decir, no tendría ninguna consecuencia jurídica frente a la ejecución del contrato y si alguno de los proponentes de ese grupo se le adjudicara el contrato tendría que asumir con su capital de trabajo los primeros meses de ejecución del contrato. https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-21-10775

mandato de trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, por cuanto se trata de dos tipos de proponentes, todos aquellos que cumplen con las reglas establecidas en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad estatal en invocación del interés público, y aquellos otros proponentes que consideran que están en capacidad técnica, financiera y jurídica para cumplir con el objeto del contrato, pero que no reúnen los requisitos exigidos por la entidad estatal a pesar de ser idóneos para cumplir con el objeto del contrato. En este caso se trata de dos espectros de proponentes que son diferentes en términos técnicos y financieros, pero que tienen en común la posibilidad de cumplir con el objeto del contrato y por lo tanto no ponen en riesgo el interés general.

Luego, en la Sentencia C-862 de 2008 la Corte Constitucional[229] se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3.º del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", en el cual los privilegios que generó para las Mipymes en la contratación estatal para la promoción del desarrollo local no cubrieron a las Mipymes del sector financiero.

En la demanda contra el régimen excepcional de la Mipymes, consagrado en la reforma del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, la Corte consideró que se trataba de un problema jurídico de discriminación, por cuanto todo el sector no se manejó de igual manera al excluirse de los beneficios que se consagraron a la Mipymes, aquellas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Supone, entonces, si la diferencia de trato para acceder a los beneficios otorgados por la ley de contratación a las Mipymes con respecto a las vigiladas por la superintendencia presenta discriminación o es una diferencia constitucionalmente admisible.

Entre las consideraciones iniciales la Corte establece que la igualdad como principio (preámbulo y art. 1.º C.P.) implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las

[229] Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

autoridades y en especial para el legislador. Pero la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención, como la prohibición de discriminación, y en acciones positivas o afirmativas para generar tratos favorables para grupos que estén en situaciones de debilidad manifiesta. La Constitución no prohíbe el trato desigual sino el discriminatorio, como aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida; *contrario sensu*, la justificación de la diferencia o la medida consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Hay necesidad de aplicar tres etapas para verificar el concepto de igualdad:

– Establecer cuál es el criterio de comparación para determinar si son susceptibles de ser comparados los sujetos porque se trata de la misma naturaleza;

– Definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre igual o entre diferentes, y

– Averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si desde la Constitución las situaciones objeto de comparación ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en igual forma.

Con este análisis se valoran los motivos y razones que fueron expresados al momento de sustentar la medida estudiada y obtener la finalidad pretendida, todo lo cual supone un análisis de adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados respecto del fin perseguido.

El trato legal igual no requiere justificación, en tanto que el trato desigual exige una mayor carga de argumentación para quien decide, por cuanto una medida para generar un trato distinto que no obedece a razones constitucionalmente válidas deja de ser un supuesto del derecho a la igualdad y pasa a convertirse en un acto discriminatorio. En conclusión, quien establece un trato discriminatorio debe justificarlo.

Dicho lo anterior, la Corte indica la necesidad de discriminar por grados de intensidad, sobre todo cuando hay libertad de configuración normativa del legislador, de forma que el juez constitucional tiene menor margen de valoración y allí el juicio de igualdad debe ser más

flexible; *contrario sensu*, en aquellos casos en los cuales el legislador tiene menor margen de regulación porque la misma Constitución le impone reglas de aplicación directa que consisten en determinar específicamente la igualdad o la "sospecha" con la diferencia de trato, el juez tiene el deber de ser más exigente en la valoración de la justificación de la distinción legal.

Un juicio de igualdad estricto procede:

– Cuando está de por medio una clasificación "sospechosa" que es una categoría prohibida para hacer distinciones relacionadas con el inciso 1.º del artículo 13 C.P.;

– Cuando la medida afecta a personas que están en condición de debilidad manifiesta, o grupos marginados o discriminados;

– Cuando aparece *prima facie* que la medida que diferencia entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, y

– Cuando la medida examinada crea un privilegio.

Un juicio de igualdad intermedio procede cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Y el juicio de igualdad será leve, en principio, "*para examinar la constitucionalidad de medidas legislativas en materias económicas, tributarias o de política internacional. También se utiliza regularmente para aquellos casos en los que está de por medio una competencia específica que ha sido asignada constitucionalmente a un órgano constitucional, cuando se trata de analizar una norma preconstitucional que ha sido derogada pero aún surte efectos en el presente, o cuando del contexto normativo del artículo demandado no aparece prima facie una amenaza para el derecho en cuestión"*.

El test de igualdad en materia de contratación estatal contiene las siguientes reglas:

– Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa;

– Todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas;

– Los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes;

– El deber de selección objetiva del contratista impone la evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente, y

– Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

Finalmente, la Corte Constitucional[230] en la Sentencia C-595 de 2014 decidió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 "por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones", norma que se transcribe:

> Artículo 20. *Terceros interesados y selección*. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

En ese caso la entidad debe abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección

[230] Corte Constitucional. Sentencia C-595 del 20 de agosto de 2014, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

> Si, como resultado del proceso de selección, el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.
>
> Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

Se demandó la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 por cuanto, en criterio del accionante, se cuestiona que la norma le confiere al originador del proyecto que presentó la iniciativa privada sin solicitar recursos públicos, el derecho a presentar una propuesta adicional para mejorar la que formuló inicialmente, con lo cual se vulnera el principio de jerarquía superior de la Constitución –art. 4.º–, el principio de igualdad – art. 13–, el derecho al debido proceso – art. 29– y los principios de la función administrativa – art. 209–.

Argumenta en primer lugar que pone en una situación desigual a dos sujetos que deberían recibir el mismo trato –como proponentes– de conformidad con las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Agrega que falta la justificación del tratamiento desigual que dispensa el precepto, y señala que no existe una razón legal o constitucional para aceptar una oferta después de haber realizado la valoración de los requisitos habilitantes y los criterios de puntuación de cada propuesta. Concluye que, en la práctica, el originador está en una posición inicial de ventaja frente al tercero interesado, pues ha tenido conocimiento de qué y cuánto necesita el proyecto para ser aceptado.

Por otra parte, indica que la disposición también lesiona el principio de imparcialidad, pues en un proceso de selección a uno de los proponentes se le otorga una condición adicional que desequilibra la selección. Y sostiene que el privilegio que se otorga al originador del proyecto

viola el debido proceso, pues desconoce las formas propias de los diferentes procesos de selección contenidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. En su criterio, en la normativa vigente no es posible mejorar una propuesta después de haber sido presentada y evaluada, salvo en materia de requisitos mínimos habilitantes. Por último, aduce que el inciso vulnera el principio de igualdad material desde la óptica de la selección objetiva, pues con su aplicación se estaría estableciendo una condición a favor de un proponente que en principio debería participar bajo las mismas reglas de los demás oferentes, y que consiste en darle una segunda oportunidad de ser adjudicatario del proceso de asociación público privada, por el hecho de ser el originador, aspecto que ya resulta ventajoso para aquel proponente en términos de conocimiento previo de las condiciones y características del bien y/o servicio objeto del proceso.

Entre sus consideraciones la Corte Constitucional plantea como problema jurídico que a la Corporación le corresponde determinar si el incentivo que el inciso 3.º del artículo 20 de la Ley 1508 otorga al originador de un proyecto que se busca ejecutar bajo la modalidad de APP de iniciativa privada, y que consiste en permitirle mejorar su oferta si la formulada originalmente no obtuvo la mejor calificación, lesiona el principio de igualdad.

Pasa en primer lugar la Corte a desarrollar el derecho a la igualdad como principio orientador de la Contratación Estatal y precisa que el artículo 13 reconoce el principio y derecho a la igualdad de donde se desprenden los mandatos de igualdad ya mencionados en este trabajo.

Ya en lo que se refiere a la actividad contractual la Corte Constitucional ha señalado que en el Estado es una modalidad de gestión pública regida, entre otros, por el principio de igualdad en virtud de los artículos 13 y 209 superiores. Agrega que esta garantía se manifiesta, por ejemplo, en 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 en que estas sean evaluadas según los mismos estándares objetivos.

Al estudiar la demanda analiza los antecedentes de la Ley 1508 de 2012 y registra que la motivación de la ley era incentivar la participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura pública del país en términos eficientes, así como potenciar el uso del mercado de capitales como fuente de financiación,

por los beneficios que ello conlleva al incremento de la productividad, y cubrir el déficit de infraestructura y de escasez de recursos públicos para satisfacer la demanda. Entre los registros que toma en consideración la Corte Constitucional están, por ejemplo, la ley que creó un nuevo tipo de contrato estatal cuyo objeto es la provisión de bienes públicos y los servicios relacionados con el diseño y construcción de una infraestructura y que involucra la operación y mantenimiento de la misma; adicionalmente, la forma de remuneración será la concesión del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio en las condiciones que se pacte y con los aportes estatales cuando ello se requiera.

Agrega que la ley prevé dos tipos de APP, de iniciativa pública y de iniciativa privada. En la segunda modalidad, la estructuración del proyecto la realiza por su propia cuenta y riesgo, y asumiendo todos los costos, el particular que identifica la necesidad y la pone en conocimiento de la entidad pública responsable de satisfacerla; a este particular se le denomina "originador". Por otra parte, y para la segunda modalidad, después de que el proyecto gestado por el particular es aceptado por la respectiva entidad, si no se necesitan tales dineros, se debe surtir un proceso de elección según las reglas de la selección abreviada de menor cuantía con precalificación. Indica la Corte que para la hipótesis de proyectos que no demandan desembolsos de dineros públicos se incluyeron las siguientes fórmulas: de un lado, otorgar al originador el derecho a mejorar el ofrecimiento inicialmente realizado cuando en el proceso de selección su propuesta no sea evaluada como la mejor, y de otro, permitir a la entidad adjudicar directamente el contrato al gestor de la iniciativa cuando ningún otro particular participa en el proceso de selección.

En conclusión, para la Corte, la Ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.

Le correspondía a la Corte indagar el origen y contenido normativo del inciso 3.º del artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y encontró que la medida censurada fue propuesta por el Gobierno en el proyecto de ley y aprobada sin mayor modificación por el Congreso. Respecto de su justificación se explicó lo siguiente en la exposición de motivos:

> Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada.

En las explicaciones del DNP a la demanda explicó que el inciso demandado respondía a una de las modalidades de incentivo utilizada en el derecho comparado para promover la formulación de iniciativas privadas a ejecutar mediante contratos de APP. Agregó la entidad, defendiendo el proyecto, que en las experiencias internacionales existen diversas formas de otorgar estímulos a los particulares para que identifiquen y formulen proyectos innovadores; por ejemplo, en algunos regímenes existe un sistema de bonos según el cual el innovador obtiene un "premio" en la calificación de su propuesta en caso de concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto. En otros ordenamientos se utiliza el "derecho a igualar" –*right to match*–, conocido también como *swiss challenge system*, mecanismo de acuerdo con el cual el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta. Y puntualiza que esta última modalidad fue la que el legislador decidió acoger en Colombia.

Para la Corporación la disposición demandada constituye un incentivo a la participación de los particulares en el diseño y estructuración de proyectos de infraestructura de gran envergadura, con miras a sacar provecho de sus conocimientos y capacidades especializadas, así como generar ahorros de recursos del erario. Y por ello, a partir de una interpretación gramatical, sistemática e histórica del inciso, se puede concluir que su contenido normativo es el siguiente: i) crea una facultad en cabeza del originador de una iniciativa privada de APP que no demanda desembolso de recursos públicos, es decir, introduce una posibilidad de la que puede o no hacer uso el originador; ii) esa facultad consiste en permitirle mejorar la oferta que inicialmente presentó dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía a la que alude el inciso 2.º del artículo 20 de la Ley 1508, cuando aquella no obtuvo la mejor

calificación; iii) el mejoramiento de la oferta debe hacerse de conformidad con los parámetros previamente fijados en el proceso de selección –en los pliegos de condiciones o documentos que hagan sus veces– y con sujeción a la Ley 1508 y sus normas reglamentarias; iv) la facultad otorgada al originador no conlleva la obligación de la entidad contratante de seleccionar la propuesta mejorada, y v) esta última será elegida solamente cuando cumpla los requisitos de los pliegos y resulte con una mejor calificación que la propuesta que inicialmente había sido evaluada con los puntajes más altos.

Finalmente, para la Corte Constitucional el artículo demandado no vulnera el derecho a la igualdad.

De acuerdo con lo expuesto, la posición de la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada tiene como tema central proteger el principio general de igualdad lo que implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, y el derecho de igualdad como derecho subjetivo que se concreta con deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, y en el entendido de que esos deberes están a cargo de las autoridades, lo cual incluiría a la Administración Pública.

Para la Corte la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el discriminatorio, como aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En contratación estatal sería el cuestionamiento que se le hace a la Administración de regular en las reglas de participación los criterios que deben cumplir los proponentes con unos requisitos como experiencias o capacidades financieras relacionadas con el objeto del contrato muy altas que justifican la garantía de cumplimiento del contrato por parte de este proponente pero que al final generan uno o máximo dos proponentes y se convierten en un fin constitucionalmente válido, pero no incluyendo unas reglas que permitan que otros proponentes que también podrían cumplir con el objeto del contrato y de esta manera sean excluidos sin ningún tipo de justificación, con lo cual se afecta la posibilidad de que haya pluralidad de oferentes que también estarían en capacidad técnica y financiera para cumplir con el objeto del contrato.

Para la Corte se trata de la necesidad de aplicar tres etapas para verificar el concepto de igualdad:

a) Se debe establecer cuál es el criterio de comparación para determinar si son susceptibles de ser comparados los sujetos porque se trata de la misma naturaleza. En el caso de la contratación pública el criterio de comparación son las reglas de participación propuestas por las entidades estatales que establecen criterios con la suficiente robustez como para garantizar el cumplimiento del contrato frente a otros interesados que, sin tener esas características, igualmente poseen una capacidad técnica, financiera y legal para garantizar el cumplimiento del contrato, pero que son discriminados y por fuera de cualquier posibilidad de presentar un ofrecimiento al Estado. Como ejemplo podemos señalar un pliego de condiciones[231] en el que se incluye que un proponente como persona jurídica tenga radicada su sede en la ciudad donde se va a surtir la convocatoria o que se permita la sucursal en la misma ciudad pero habiéndose constituido un año antes contado a partir de la fecha de recepción de la propuesta, así que empresarios de otras ciudades no tendrían oportunidad de presentar ofertas, sin que se considere que la regla es útil para el cumplimiento del contrato que es para realizar un plan de medios para la ciudad y los programas de la Alcaldía.

b) Se debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre igual o entre diferentes. En el caso de la contratación estatal se trata de un tratamiento desigual entre diferentes, por cuanto los proponentes no gozan de las mismas características para participar, unos poseen una mayor experiencia que otros (los excluidos), pero tienen en

---

[231] Proceso de licitación pública n.º 4112.060.32.1.062-2019. Municipio de Santiago de Cali. El objeto de la licitación es el siguiente: "Prestar el servicio integral de central de medios para la producción y divulgación de las estrategias de comunicación de los planes, programas y proyectos de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali, como parte del proyecto de inversión denominado: 'Fortalecimiento de las acciones institucionales de comunicación hacia la comunidad de Santiago de Cali. BP-22038434'. En cuanto a la regla restrictiva se encuentra en el numeral 3.4.1.2 y regulado en los siguientes términos: "[…] 3.4.1.2. *Certificado de Existencia y Representación Legal*. Adicionalmente el oferente deberá acreditar que la *sede principal de la empresa se encuentra en la ciudad de Santiago de Cali*. En caso contrario, el oferente deberá acreditar: i) si es persona jurídica, que cuenta con *sucursal en la ciudad de Santiago de Cali*; ii) si es persona natural, que cuenta con establecimiento de comercio en la ciudad de Santiago de Cali. En ambos casos, *deberá acreditarse que han sido constituidos por un plazo no inferior a un (1) año*, contado a partir de la fecha de cierre del presente proceso de selección" (cursiva fuera de texto).

común que ambos perfiles están en capacidad de cumplir con el objeto del contrato que se pretende adjudicar.

c) Se debe averiguar si el tratamiento distinto esta constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en igual forma. En materia de contratación estatal el tratamiento distinto no está constitucionalmente justificado y todos deben recibir el mismo trato, por cuanto si bien las reglas definidas por la entidad estatal vía pliegos de condiciones, donde se establecen criterios con la suficiente robustez para garantizar el cumplimiento del contrato, no generan una alta participación y por el contrario permiten uno o máximo dos proponentes, dejan por fuera y son excluidos otros proponentes que eventualmente no tienen las características de los primeros pero igualmente cumplen con los fines constitucionalmente válidos en tanto también gozan de competencias para cumplir con el objeto del contrato.

Señala la Corte que el trato igual no requiere justificación, *a contrario sensu* el trato desigual exige una mayor carga de argumentación pues una medida puede generar un trato distinto que no obedece a razones constitucionalmente válidas, y la medida que poseía un supuesto del derecho de igualdad pasa a convertirse en un acto discriminatorio, por lo tanto si la medida es discriminatoria debe justificarse. En materia de contratación estatal si bien está justificado que en los pliegos de condiciones se establezcan reglas que sólo puedan cumplir proponentes robustos en características como la experiencia, por cuanto estos le otorgarían a la entidad estatal garantías para el futuro cumplimiento del contrato, no hay una carga argumentativa suficiente para excluir a otros proponentes que no teniendo la robustez para garantizar el cumplimiento del contrato, de todas maneras conservan las características mínimas con las cuales podrían responder por dicho cumplimiento pero están excluidos sin ningún tipo de justificación.

Finalmente, la Corte concluye para el tema de contratación estatal lo siguiente:

a) Todos los interesados tienen derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa. En materia de contratación se trata de la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar el contrato puedan concurrir ante la respectiva entidad, y que estos sean evaluados según los mismos estándares objetivos.

b) Todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas. En materia de contratación esta afirmación es válida, pero sólo para aquellos proponentes que estén en condiciones técnicas, financieras y jurídicas y le ofrezcan garantías a la entidad estatal para cumplir con el objeto del contrato; de tal manera que oferentes que no tengan estas capacidades mínimas no tienen autorización constitucional o legal para hacerle un ofrecimiento al Estado, toda vez que no cuentan con la experticia mínima o la capacidad financiera mínima para garantizar el cumplimiento del contrato y deben ser excluidos, teniendo la entidad estatal la facultad constitucional y legal de discriminarlos al tener razones para no admitir su oferta pues ponen en riesgo los intereses generales que deben ser protegidos por la entidad estatal.

c) Los pliegos de condiciones, o los términos de referencia para la escogencia de los contratistas, y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes. En materia de contratación estatal, reiteramos, no se trata de una igualdad plena sino condicionada a que se establezcan unas condiciones mínimas de participación que garanticen que los ofertantes estén en condiciones de hacer un ofrecimiento que no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato; por lo tanto, los requisitos consagrados en los pliegos de condiciones deben, en primer lugar, garantizar el interés general representado en el objeto a contratar, y su vez promover la libre concurrencia o el derecho de igualdad de participación.

d) El deber de selección objetiva del contratista impone una evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente. La preservación del derecho de igualdad en la contratación estatal no se predica entre iguales propiamente, por cuanto los proponentes no poseen características idénticas entre ellos, pero poseen en común que tienen las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para cumplir con el objeto del contrato y esta es la garantía que ofrecen, de forma que el Estado pueda escoger, entre esa pluralidad de ofertantes, aquel que sea más conveniente para la entidad estatal.

En conclusión, se trata de la diferencia de trato que puede ser generada por la propia Administración Pública cuando se otorga un privilegio a una franja de actores del mercado dejando por fuera otra franja de ellos, y en este caso se trata de establecer las razones por las cuales la entidad estatal justifica la exclusión de unos sujetos que eventualmente podrían

presentar un ofrecimiento al Estado para ejecutar el objeto de un contrato que está anunciado a través de una licitación pública. Partiendo de la identificación del problema jurídico reconocido por la Corte en la jurisprudencia, frente al comportamiento de la Administración Pública se debe examinar si el trato diferenciado por unos pliegos de condiciones donde se regulan una reglas de participación es proporcional y razonable en virtud de que entran en juego derechos o principios constitucionales como la libre competencia económica (art. 333 C.P.), ya que la exclusión de un empresario que tiene las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para ejecutar el objeto de un contrato afecta el ejercicio de la libre competencia constitucional; entonces, se trata del juicio integrado de igualdad, en tanto que el trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo. No se discute que las reglas establecidas en los pliegos de condiciones regulen las condiciones que deben cumplir los proponentes y que se seleccione a un interesado que presente unas características que lo hagan robusto con lo cual se garantiza el cumplimiento del contrato, lo que se reprocha es que en el mercado de proveedores, prestadores de servicios o constructores, puedan existir otros proponentes que sin tener esta robustez en experiencia y capacidad financiera puedan también presentarle una oferta a la entidad estatal por cuanto también están en condiciones de ofrecerle garantías al Estado para cumplir con el objeto del contrato, pero son excluidos sin ninguna justificación.

Al no poseer el derecho de igualdad un contenido material específico, por no proteger un ámbito concreto de la esfera humana, puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, y frente a cualquier actuación de la Administración Pública; de allí su carácter relacional, el cual se deriva del potencial espectro de proponentes que en condiciones legales, técnicas y financieras para suministrar bienes, servicios o la ejecución de obras pueden también cumplir con el objeto del contrato anunciado en una licitación pública, sólo si se superan las barreras introducidas por la propia Administración, salvo que jurídicamente estén plenamente justificadas.

En este caso se propone un test de igualdad, que se puede correr en el campo de la contratación pública, en el cual de la acepción del principio “igualdad de trato” se desprenden dos normas que vinculan a la Administración: por una parte, un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato sobre supuestos de hecho equivalentes, siempre que no

existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y por otra, el principio de igualdad que comprende el mandamiento desigual que obliga a la Administración a diferenciar situaciones diferentes. Y así la Corte lo descompone en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 C.P., con el propósito de proteger a los titulares de este derecho fundamental frente a comportamientos de las autoridades que sean discriminatorios y que carecen de justificación y que se reitera en esta jurisprudencia:

i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

ii) *un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común*;

iii) *un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias*, *pero las similitudes son más relevantes a pesar de las diferencias*, y

iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que estén también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Consideramos que el test de igualdad pasa por la subregla del mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias. Las similitudes están asociadas a que un objeto de un contrato puede ser cumplido por un proveedor, prestador de servicios o constructor, y las diferencias consisten en que estos proponentes no poseen características comunes en experiencia o capacidad financiera, y a pesar de ello le pueden ofrecer garantías a la entidad estatal para que, como dijimos, pueda cumplir con el objeto del contrato.

Podemos pasar a los casos del trabajo de campo detectados tanto en los procesos con baja concurrencia como en aquellos en los que se presentaron proponentes, en ambos casos, en nuestra consideración, derivado de las reglas de participación, y luego confrontarlos con el mandato que nos parece pertinente para evaluar si es posible aplicar el test de igualdad y así determinar si la conducta de la Administración Pública vulneró el derecho de igualdad (art. 13 C.P.). Consideramos que se trata de pasar los casos por "(iii) un mandato de trato paritario

a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…".

n.º	Procesos de selección cuyo objeto es la materialización del interés general que es el fin del contrato estatal	Requerimiento de experiencia propuesta por las entidades estatales	Propuesta de criterios que garantizan pluralidad de oferentes (*)
1.	Entidad estatal: municipio de Ramiriquí (Boyacá) LP-RAM-05-2013[*]. Objeto: "Mejoramiento de la vía Ramiriquí-Jenesano (veredas Naguata-Noncetá), Departamento de Boyacá". Experiencia: acreditar tres contratos de mantenimiento y/o adecuación de vías de los últimos tres años, cada uno igual o superior a ocho veces el P.O.	Experiencia en la ejecución de obras iguales o similares dos, tres, cinco y hasta ocho veces el presupuesto.	Experiencia en la ejecución de obras iguales o similares una vez el presupuesto.
2.	Entidad estatal: municipio de Cúcuta (Norte de Santander). Objeto: adecuación de la nueva sede administrativa de la Secretaría de Tránsito Municipal de San José de Cúcuta ST-SAMC-001-2016[**]. Experiencia: los proponentes deben acreditar experiencia en celebración, ejecución o terminación de un contrato con entidad estatal, en un valor superior al 50% del presupuesto oficial y a partir del 1.º de enero de 2011 (5 años).	Experiencia en la obras iguales o similares que se hayan ejecutado en el último año o dentro de los últimos dos o tres años contados hacia atrás a partir de la fecha prevista para la entrega de propuestas.	Experiencia en obras iguales o similares que se hayan ejecutado en los últimos diez años contados hacia atrás a partir de la fecha prevista para la entrega de propuestas.
3.	Entidad estatal: municipio de Paya (Boyacá) Objeto: "Construcción de tres centros de integración comunitaria en las veredas de Abejón Lipaya 2015/05[***]. Experiencia: acreditar dos contratos de obra pública suscritos con entidades del Estado.	Experiencia en obras iguales o similares que se hayan ejecutado únicamente con el sector público.	Experiencia en obras iguales o similares que se hayan ejecutado con el sector público o el sector privado.

n.º	Procesos de selección cuyo objeto es la materialización del interés general que es el fin del contrato estatal	Requerimiento de experiencia propuesta por las entidades estatales	Propuesta de criterios que garantizan pluralidad de oferentes (*)
4.	Entidad estatal: Departamento del Atlántico. Objeto: construcción y dotación de 21 Centros de Desarrollo Infantil (CDI), en el Departamento del Atlántico. LP GCS n.º 001 de 2014[****]. Experiencia: acreditar tres contratos de edificaciones terminadas en los últimos cinco años equivalentes al 50% del P.O. Acreditar uno de los contratos de los últimos diez años en mejoramiento y/o construcción de instituciones educativas en valor o igual al 10% P.O. Objeto: intervención de veinte instituciones educativas con las siguientes actividades: área intervenida 20.000 m^2, etc.	Experiencia en la obras iguales o similares que contengan cantidades de obra específicas relacionadas con el objeto del contrato.	Experiencia en la obras iguales o similares que contengan actividades globales de negocio.
5.	Municipio de Riohacha (La Guajira). Objeto: recuperación vial y urbana de la Avenida Circunvalar entre la calle 1.ª, la Avenida La Marina y la calle 15, y remodelación del pasaje peatonal entre Puente de El Riíto y el Valle de los Cangrejos y otras áreas urbanísticas de la zona, municipio de Riohacha-La Guajira. 001-2015[*****]. Experiencia: acreditar experiencia superior a quince años verificables con la inscripción en la Cámara de Comercio o con los años de expedición de la matrícula profesional.	Experiencia en obras iguales o similares que sean ejecutadas por profesionales o empresas que acrediten diez, quince o dieciocho años de ejercicio profesional o de existencia.	Experiencia en obras iguales o similares que sean ejecutadas por profesionales o empresas sin acreditar años de ejercicio profesional o de existencia.

n.º	Procesos de selección cuyo objeto es la materialización del interés general que es el fin del contrato estatal	Requerimiento de experiencia propuesta por las entidades estatales	Propuesta de criterios que garantizan pluralidad de oferentes (*)
6.	Entidad estatal: municipio de El Retiro (Antioquia). Objeto: construcción de una cancha sintética y obras complementarias de la unidad deportiva Carlos Mauro Hoyos de el municipio de El Retiro. LP 12-2015[******]. Experiencia: requisitos habilitantes: se tomará únicamente del RUP. Para el presente proceso el proponente deberá acreditar como mínimo cinco contratos terminados, con entidades públicas o privadas, ya sea individualmente o en consorcio o unión temporal, los cuales deben cumplir la siguiente clasificación: Segmento: 72 / Familia: 14 / Clase: 13. Descripción: servicio de construcción de facilidades atléticas y recreativas Descripción: servicio de preparación de tierras – La sumatoria de al menos dos contratos debe ser igual o superior a 8000 smmlv[*******].	Experiencia en obras iguales o similares que correspondan a ciertos registros del registro único de proponentes.	Experiencia en la obras iguales o similares que correspondan a ciertos registros del registro único de proponentes adecuados con el objeto del contrato a suscribir.

[*] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-107185].

[**] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-4721702].

[***] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-133186].

[****] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-119549].

[*****] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-131771].

[******] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-144994].

[*******] De acuerdo con el salario mínimo legal vigente de 2015 equivalente a $644.350, correspondería a: $5.154.800.000.

(*) El modelo estándar de pliego de condiciones establece las bases para consolidar que estas reglas sean más incluyentes y garanticen mayor pluralidad de oferentes sin que se ponga en riesgo el fin del contrato estatal que es el interés general representado en cada objeto del contrato a suscribir.

1) En el primer caso el objeto del contrato es el mejoramiento de una vía, y el municipio de Ramiriquí está solicitando para garantizar el cumplimiento del contrato una experiencia en ejecución de mantenimiento de vías en una equivalencia a hasta ocho veces el presupuesto oficial, que sería una experiencia igual o similar que no pondría en riesgo los fines del

contrato. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a someter esta medida a un test de proporcionalidad ya que el municipio de Ramiriquí exige tres contratos de ocho veces el presupuesto oficial, que cumple con el propósito de garantizar la terminación del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía, como sería aquellos que tienen experiencia en obras iguales o similares una vez el presupuesto oficial, o como hoy se está regulando vía decreto reglamentario para contratos de obras de infraestructura, máximo en cinco o seis certificaciones del 150% el valor del presupuesto oficial (situación que presenta similitud). Y si bien son proponentes diferentes, una franja de proponentes tendría experiencia en obra ocho veces el presupuesto oficial, en tanto que otros proponentes tendrían una experiencia en máximo el 150% del presupuesto oficial (o una vez el presupuesto oficial), tanto los unos como los otros tendrían en común que podrían ejecutar el objeto del contrato que es el mantenimiento de una vía.

2) En el segundo caso el objeto del contrato es la adecuación de una edificación, por lo tanto, para garantizar el cumplimiento del contrato, la entidad estatal solicita que las obras iguales o similares se hayan ejecutado en los últimos cinco años contados a partir de la recepción de ofertas. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a someter a un test de proporcionalidad ya que el municipio de Cúcuta sólo permite experiencia en ejecución del contratos equivalentes en los últimos cinco años, lo cual cumple con el propósito de garantizar la terminación del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía, como sería aquellos que han ejecutado obras en los últimos diez años o sin exigir experiencia en años como es la propuesta del decreto reglamentario (situación que presenta similitud). Si bien son proponentes diferentes, una franja de proponentes tendría experiencia durante los últimos cinco años, en tanto que otros proponentes tendrían una experiencia que acumula en los últimos diez años, tanto unos como los otros tendrían en común que pueden ejecutar el objeto del contrato, que es construir una edificación.

3) En el tercer caso el objeto del contrato es la construcción de una edificación, por lo tanto, para garantizar el cumplimiento del contrato, la entidad estatal solicita experiencia en obras iguales o similares ejecutadas sólo en el sector público. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a someter la medida a un test de proporcionalidad ya que el municipio de Paya sólo permite experiencia en ejecución del contratos con el sector público, lo cual cumple con el propósito de garantizar el cumplimiento del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía al tener experiencia en construcción de edificaciones entre particulares, y que es hoy la exigencia del artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018 (situación que presenta similitud). Si bien son proponentes diferentes, una franja de ellos tendría experiencia en la ejecución de proyectos en el sector público, en tanto que otros tendrían una experiencia en ejecución de proyectos en el sector privado, tanto los unos como los otros tendrían en común que pueden ejecutar el objeto del contrato, que es construir una edificación.

4) En el cuarto caso el objeto del contrato es la construcción de edificaciones (jardines infantiles), por lo tanto, para garantizar el cumplimiento del contrato, la entidad estatal solicitó la acreditación de especificaciones técnicas en volúmenes de cantidades de obra describiendo los ítems donde se debería demostrar esta experiencia. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a realizar un test de proporcionalidad ya que el Departamento de Atlántico sólo permite experiencia en ejecución de contratos equivalentes en los que el proponente acredite las cantidades de obra descritas en el pliego de condiciones definitivo, el cual cumple con el propósito de garantizar la terminación del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía al tener experiencia en construcción de edificaciones similares sin que coincidan las cantidades de obra descritas (situación que presenta similitud). Si bien son proponentes diferentes, una franja de ellos tendría experiencia global sin detallar las especificaciones técnicas de su obra, en tanto que otros tendrían una experiencia en ejecución de proyectos que es similar al que está contratando el Estado frente a sus especificaciones técnicas, tanto los unos como los

otros tendrían en común que pueden ejecutar el objeto del contrato, que es construir una edificación educativa.

5) En el quinto caso el objeto del contrato es la construcción de una vía incluyendo la remodelación de obras urbanísticas en el espacio público, por lo tanto la entidad estatal para garantizar el cumplimiento del contrato solicita que el profesional de la ingeniería civil que se presente debe acreditar el ejercicio de la profesión por quince años, o si es persona jurídica que se haya constituido en los últimos años contados a partir de la recepción de propuestas. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a someter la medida a un test de proporcionalidad ya que el municipio de La Guajira sólo permite experiencia en ejecución del contratos equivalentes donde el proponente acredite ejercicio profesional como ingeniero de quince años o la existencia de la persona jurídica por el mismo periodo, olvidando que el artículo 6.º de la Ley 842 de 2003 autoriza el ejercicio de la profesión de las ingenierías a partir de la obtención de la tarjeta profesional y poseer la certificación de vigencia de la tarjeta por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería (COPNIA), o en el caso de las empresas el artículo 6.º de la Ley 80 de 1993 que para las personas jurídicas sólo exige que acrediten su existencia frente al plazo de ejecución y un año más, lo que cumple con el propósito de garantizar la realización del contrato, pero sin permitir que participen otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía al haber realizado recientemente la ejecución de objetos similares (situación que presenta similitud). Si bien son proponentes diferentes, una franja de ellos incluiría aquellos que acrediten la tarjeta profesional con un número no inferior de quince años de ejercicio profesional, o empresarios que acrediten que tienen quince años en la actividad comercial, en tanto que otros proponentes pueden ser personas naturales que obtuvieron recientemente su tarjeta profesional, o de empresas recién constituidas; tanto los unos como los otros tendrían en común que pueden ejecutar el objeto del contrato, que es construir y mantener una carretera.

6) Finalmente, en el sexto caso el objeto del contrato es construir una cancha de futbol sintética, por lo tanto, para garantizar el cumplimiento del contrato, la entidad estatal solicita experiencia en movimiento de tierras en un volumen cuatro veces el presupuesto oficial. Si

aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a realizar un test de proporcionalidad ya que el municipio de El Retiro sólo permite obras de alta ingeniería que requieren una experiencia no relacionada con el objeto del contrato como maquinaria pesada y movimientos de tierra en un volumen cuatro veces el presupuesto oficial, lo que cumple con el propósito de garantizar el término del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía al haber realizado recientemente la ejecución de objetos similares (situación que presenta similitud).

También se aplica el segundo mandato de trato que establece "un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común", en donde el interesado que no presente las condiciones legales, técnicas y financieras para garantizar el cumplimiento del contrato, no puede exigir la protección del derecho de igualdad en tanto no está en igualdad de condiciones frente a aquellos interesados que si reúnen estas condiciones, y en este caso la Administración Pública está autorizada jurídicamente para rechazar el ofrecimiento que se presenta en condiciones deficitarias que suponen la protección del interés general como fin que debe cumplir el contrato estatal.

En conclusión, la Sentencia de la Corte Constitucional exige que un problema de trato diferenciado se trate frente a sujetos que si bien poseen diferencias (en este caso se trata de proponentes que poseen experiencias y capacidades financieras diferenciales), estas no tienen el peso suficiente para excluir los proponentes menos experimentados en dichos criterios, toda vez que ambos poseen una característica común y es que le pueden servir al interés general en la medida en que tienen las capacidades legales, de experiencia y financiera para otorgarle garantías a la entidad estatal para efectos del cumplimiento del contrato estatal.

Una vez localizados los interesados que están en igualdad de oportunidades, a los cuales se les debe garantizar el mismo trato, la Corte Constitucional indica que el paso siguiente es determinar la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto– respecto del trato diferenciado.

5. Conclusiones

La libre competencia económica está regulada constitucionalmente en el artículo 333 que señala que es un derecho de todos que supone responsabilidad, y que tiene como límite el bien común; una primera aproximación al concepto muestra que la libre competencia no está en el catálogo de derechos constitucionales sino como una disposición relativa al régimen económico y de hacienda pública. Como derechos objetivos, la libertad económica le concede a sus titulares iniciativa y actividad, y el derecho de participar en el mercado. Se define la libertad para competir como la lucha o disputa en donde dos o más participan en un mercado dirigido a la obtención de un beneficio o éxito económico; entonces se trata de un fenómeno que se contempla bajo dos perspectivas: por una parte, un comportamiento de varias empresas que rivalizan en un mercado (relación horizontal), y por otra, regula las relaciones económicas entre oferentes y demandantes (relación vertical). La Corte Constitucional define la libre competencia como la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos a la conquista de un mercado en un marco de igualdad de condiciones, y no siendo la libre competencia un derecho absoluto le corresponde al legislador establecer los límites de esa libertad económica, para disponer sus finalidades, los objetivos generales o las metas concretas a que se deben comprometer los actores económicos. En los contratos estatales la libertad de competencia se ve reflejada en el ejercicio de los empresarios privados que se supone que pueden contratar concurriendo en igualdad de condiciones dentro de la competencia organizada por el poder público a través de la convocatoria pública; y es donde se puede presentar que la actuación de la entidad estatal obstaculice a uno o varios oferentes a través de la introducción de criterios o condiciones para la contratación, siendo que esta restricción debe estar amparada por una norma de rango legal y los criterios deben ser útiles, necesarios y razonables para la ejecución del objeto del contrato y no causar una desigualdad objetivamente injustificable o desproporcionada.

En el artículo 333 la Constitución establece su límite en el bien común dentro del marco del Estado social de derecho, por lo que se puede visualizar una tensión entre las distintas expresiones del interés general y el interés particular, y a quien le corresponde establecer los límites de su ejercicio es al legislador e impedir que se reduzca la libertad en ninguna de sus

manifestaciones. Los límites están en las restricciones de los elementos constitutivos de la libertad originados por el poder público, o, en otras palabras, se trata de la esfera privada de la libertad protegida por un derecho que resulta recortada por la operación llevada a cabo por el poder público, y aquí se enuncian estos límites a través de leyes de prohibición (régimen de inhabilidades e incompatibilidades), actos administrativos (pliegos de condiciones) y sentencias de los tribunales. Estas restricciones sólo están autorizadas aplicando el test de proporcionalidad por estar involucrados derechos fundamentales de libertad, ya que sirve para controlar las limitaciones lícitas de la esfera jurídica protegida por aquellos derechos fundamentales. El poder público debe elegir la medida adecuada, necesaria y razonable para la consecución de un fin lícito. Pero no solamente el principio de proporcionalidad es un control a los límites de este derecho de libertad, también está el derecho de igualdad para que los ciudadanos exijan un trato igual que también obliga y limita a los poderes públicos, en donde para introducir diferencias tiene que existir una suficiente motivación.

Pasamos ahora a establecer la libre competencia económica como un derecho objetivo en donde el legislador debe asegurar la eficacia de esa libertad como derecho fundamental en relación con la mayor autonomía para ingresar a un mercado, una mayor igualdad de oportunidades para competir en él, etc.

Ya en lo que concierne al derecho subjetivo la teoría de los derechos fundamentales parte de la concepción de la doble dimensión de dichos derechos, por una parte, además de ser derechos subjetivos frente al Estado son un sistema de valores que irradia el ordenamiento jurídico; se define el derecho subjetivo como la potestad del querer del hombre reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico; se trata de la capacidad jurídica de pretender que el poder estatal opere en su favor, otorgándole la facultad de valerse de las instituciones, otorgándole pretensiones jurídicas positivas, entre ellas la pretensión a la tutela judicial, que consiste en la capacidad jurídicamente garantizada de poner en movimiento normas de derecho público en interés del individuo. A su vez, el papel del Estado es asegurar la realización de la voluntad individual y es por ello que el ordenamiento jurídico se configura como un sistema de derechos subjetivos.

Al parecer, inicialmente la posición de la Corte Constitucional fue reconocer su categoría de derecho fundamental y de ello dan cuenta las diversas jurisprudencias analizadas que

comprueban esta afirmación; sin embargo, la posición actual parte de la base de reconocer sólo este carácter cuando va en conexidad con otros derechos fundamentales. La posición de la Corte se refiere a que por tratarse de libertades económicas no están sometidas a la misma regulación constitucional en tanto que la Constitución le concede más valor a los derechos y libertades de las personas que aquellos con contenido patrimonial, a lo que se suma que la misma Constitución le concede al legislador amplias facultades de intervención en materia económica. De todas maneras no hay que dejar de lado la acción popular al considerarse, en el artículo 88 de la Constitución, como derecho colectivo la libre competencia económica.

En el entendido de que sólo opera la acción de tutela cuando está comprometida la libertad de competencia y otro derecho fundamental, en este caso se trata del derecho a la igualdad, tal como se expone en la jurisprudencia que a continuación se relaciona. Sin embargo, al no existir una acción especial para proteger el derecho de los interesados en la fase precontractual quedando la acción residual, como lo es la acción de tutela, la cual hoy se encuentra más limitada en tanto que con la expedición de la ley 1437 de 2011 se crearon las medidas cautelares que pueden representar una mayor efectividad para proteger los derechos de aquellos que con las actuaciones administrativas les vulneran sus derechos fundamentales y por ello antes de proceder a interponer la acción de tutela se requiere agotar los medios judiciales incluyendo las medidas cautelares. Se aclara que de todas maneras queda a salvo la acción de tutela si se demuestra que los medios judiciales incluyendo las medidas cautelares no son suficientes para proteger los derechos fundamentales de los accionantes. En España existe una acción administrativa que le permite a los interesados presentar ante un juez su inconformidad si se ve afectado su derecho de participación.

Existe una relación entre la libre competencia y la contratación pública en la medida en que sus normas protegen y fomentan la competencia, siendo esta una técnica que permite al comprador público obtener los beneficios de la presión competitiva entre los particulares así como un instrumento para disuadir al favoritismo y otras prácticas de corrupción. La contratación pública depende de los mercados competitivos y de la competencia, por lo que el diseño de las normas promueven la competencia en estricto sentido, y ello se ve reflejado en la mejor oferta en calidad y beneficio económico, ambos relacionados con la puja entre licitantes. En esos términos se podría señalar que hay violación de la libre competencia

cuando el proceso de selección de contratistas restringe, mediante sus reglas, la materialización de la pluralidad de oferentes con el argumento de que se está impidiendo la obtención de un descuento para la entidad contratante, y el sacrificio de obtener una buena oferta que se considere más conveniente.

La posición original de la Corte Constitucional en materia de contratación estatal fue reconocer, derivada de las reglas de participación, la violación de la libre competencia y el derecho de igualdad (arts. 13 y 333 C.P.); sin embargo, para la Corte no se puede acudir a la tutela si no se han agotado los medios judiciales salvo que se haga uso de ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En sentencias posteriores, al otorgar el amparo, lo concede en protección nuevamente a la libre concurrencia en condiciones de igualdad, y el debate que se plantea ante el juez de tutela siempre se refiere a la violación de la libre competencia y el derecho de igualdad, pero con la exigencia de agotar los medios judiciales al ser la tutela una acción residual, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Los medios judiciales serían la acción de nulidad y la solicitud de decreto de la suspensión provisional o, finalmente, la medida de cautela de urgencia (arts. 137, 231 y 234 Ley 1437 de 2011). Como la libre competencia es un derecho colectivo será necesario demandar su protección mediante la acción popular (art. 88 C.P. y Ley 472 de 1998).

Como esta comprometido el derecho de igualdad al estar en conexidad con la libre competencia económica, debemos acudir antes de aplicar el principio de proporcionalidad, el juicio integrado de igualdad y allí nos detendremos en lo expuesto por la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada, que implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y el derecho de igualdad como derecho subjetivo que se concreta con deberes de abstención, como la prohibición de la discriminación, y en el entendido de que esos deberes están a cargo de las autoridades, incluyendo la Administración Pública. Para la Corte la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el discriminatorio, como aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En contratación estatal sería el cuestionamiento que se le hace a la Administración de regular la participación mediante unos requisitos muy altos de experiencia o capacidad financiera relacionada con el objeto del contrato que justifican la garantía de cumplimiento del futuro

contrato a adjudicar, pero que al final generan una baja participación de proponentes y se convierten en un fin constitucionalmente válido, pero que no incluye unas reglas que permitan que se presenten otros proponentes que también podrían cumplir con el objeto del contrato, y queden excluidos sin ningún tipo de justificación, con lo cual se afecta la posibilidad de que haya pluralidad de oferentes que también estarían en capacidad técnica y financiera. Para la Corte se trata de la necesidad de aplicar tres etapas para verificar el concepto de igualdad:

a) Establecer cuál es el criterio de comparación para determinar si son susceptibles de ser comparados los sujetos porque se trata de la misma naturaleza. En el caso de la contratación pública el criterio de comparación son las reglas de participación elaboradas por las entidades estatales que establecen criterios con la suficiente robustez como para garantizar el cumplimiento del contrato, excluyendo a otra franja de posibles interesados que, sin tener esas características, igualmente poseen la capacidad técnica, financiera y legal para garantizar el cumplimiento, pero que son discriminados y quedan por fuera de cualquier posibilidad de presentar un ofrecimiento al Estado.

b) Definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales o entre diferentes. En el caso de la contratación estatal consiste en un tratamiento desigual entre diferentes, por cuanto los proponentes no gozan de las mismas características para participar, pues unos poseen una mayor experiencia que otros (los excluidos), pero tienen en común que ambos perfiles están en capacidad de cumplir con el objeto del contrato que se pretende adjudicar.

c) Averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si desde la Constitución las situaciones objeto de comparación ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en igual forma. En materia de contratación estatal el tratamiento distinto no está constitucionalmente justificado, por lo que deben recibir el mismo trato, por cuanto si bien las reglas definidas por la entidad estatal vía pliegos de condiciones establecen criterios con la suficiente robustez como para garantizar el cumplimiento del contrato, no generan una alta participación de proponentes, de forma que quedan excluidos otros que eventualmente no tienen las características de los primeros pero que igualmente cumplen con los fines

constitucionalmente válidos en tanto también gozan de competencias para llevar a buen término el objeto del contrato.

Señala la Corte que el trato igual no requiere justificación; *a contrario sensu*, el trato desigual exige una mayor carga de argumentación pues una medida puede generar un trato distinto que no obedece a razones constitucionalmente válidas, y la medida que poseía un supuesto del derecho de igualdad pasa a convertirse en un acto discriminatorio, por lo tanto si la medida es discriminatoria se debe justificar. Si bien en materia de contratación estatal se justifica que en los pliegos de condiciones se establezcan reglas que sólo puedan cumplir proponentes robustos en características como la experiencia, por cuanto estos le otorgarían a la entidad estatal garantías para el futuro cumplimiento del contrato, no hay una carga argumentativa suficiente para excluir a otros proponentes que, no teniendo la robustez para garantizar el cumplimiento del contrato, de todas maneras conservan las características mínimas con las cuales se podría garantizar dicho cumplimiento pero están excluidos sin ningún tipo de justificación. Finalmente, la Corte concluye para el tema de contratación estatal lo siguiente:

a) Todos los interesados tienen derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa. En materia de contratación se trata de la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar el contrato puedan concurrir ante la respectiva entidad y que sean evaluados según los mismos estándares objetivos.

b) Todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas. En materia de contratación esta afirmación es válida, pero sólo de aquellos proponentes que estén en condiciones técnicas, financieras y jurídicas y le ofrezcan garantías a la entidad estatal para cumplir con el objeto del contrato; de tal manera que oferentes que no cuenten con las capacidades mínimas no tendrán autorización constitucional o legal para hacerle un ofrecimiento al Estado, toda vez que carecen de la experticia mínima o la capacidad financiera mínima para garantizar el cumplimiento del contrato y deben ser excluidos, teniendo la entidad estatal la facultad constitucional y legal de discriminarlos al tener razones para no admitir su oferta pues ponen en riesgo los intereses generales que deben ser protegidos por la entidad estatal.

c) Los pliegos de condiciones y las normas de selección para la escogencia de los contratistas se deben diseñar de manera que logren la igualdad entre los proponentes. En materia de contratación estatal, reiteramos, no se trata de una igualdad plena sino condicionada a que se establezcan las circunstancias mínimas de participación que garanticen que los ofertantes estén en condiciones de hacer un ofrecimiento que no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato, por lo tanto, los requisitos consagrados en los pliegos de condiciones deben, en primer lugar, garantizar el interés general representado en el objeto a contratar, y su vez promover la libre concurrencia o el derecho de igualdad de participación.

d) El deber de selección objetiva del contratista impone una evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente. La preservación del derecho de igualdad en la contratación estatal no se predica entre iguales propiamente dichos, por cuanto los proponentes no poseen características idénticas entre ellos, pero poseen en común que tienen las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para cumplir con el objeto del contrato y esta es la garantía que le ofrecen al Estado para que pueda escoger entre esa pluralidad de ofertantes aquel que sea más conveniente para la entidad estatal.

En conclusión, se trata de la diferencia de trato que puede generar la propia Administración Pública cuando se otorga un privilegio a uno de los actores del mercado dejando por fuera otros; en este caso se trata de establecer las razones de la entidad estatal que justifican la exclusión de los interesados que eventualmente podrían presentar un ofrecimiento al Estado para ejecutar el objeto de un contrato que está anunciado a través de una licitación pública.

Partiendo de la identificación del problema jurídico reconocido por la Corte en la jurisprudencia, y frente al comportamiento de la Administración Pública, se debe examinar si el trato diferenciado por unos pliegos de condiciones donde se regulan una reglas de participación es proporcional y razonable en virtud de que entran en juego derechos o principios constitucionales como la libre competencia económica (art. 333 C.P.) y el derecho de igualdad (art. 13 C.P.), ya que la exclusión de un empresario que tiene las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para ejecutar el objeto de un contrato afecta el ejercicio de la libre competencia constitucional; entonces, se trata del juicio integrado de igualdad, en tanto que el trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo. No se discute que las reglas establecidas en los pliegos de

condiciones regulen las condiciones que deben cumplir los proponentes, y que se seleccione al interesado que presente unas características que lo hagan robusto, con lo cual se garantiza el cumplimiento del contrato, lo que se reprocha es que en el mercado de proveedores, prestadores de servicios o constructores, existen otros proponentes que, sin tener la robustez en experiencia y capacidad financiera, también están en capacidad de presentarle una oferta a la entidad estatal ofreciéndole garantías para cumplir con el objeto del contrato, pero que son excluidos sin ninguna justificación.

Al no poseer un contenido material específico el derecho de igualdad por no proteger un ámbito concreto de la esfera humana, puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, y frente a cualquier actuación de la Administración Pública, de allí su carácter relacional que se deriva del potencial espectro de proponentes que en condiciones legales, técnicas y financieras para suministrar bienes, servicios o la ejecución de obras pueden también cumplir con el objeto del contrato anunciado en una licitación pública, sólo si superan las barreras introducidas por la propia Administración, salvo que jurídicamente estén plenamente justificadas.

Se propone un test de igualdad que se puede correr en el campo de la contratación pública, en donde de la acepción del principio de "igualdad de trato" se desprenden dos normas que vinculan a la Administración: i) un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y ii) el principio de igualdad que comprende el mandamiento desigual que obliga a la Administración a diferenciar situaciones diferentes. Y así la Corte lo descompone en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 C.P., con el propósito de proteger a los titulares de este derecho fundamental frente a comportamientos de las autoridades que sean discriminatorios y que carecen de justificación:

i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

ii) *un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común*;

iii) *un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias*, *pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias*, y

iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Consideramos que el test de igualdad pasa por la subregla de que el mandato de trato paritario incluye destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero en las que las similitudes sean más relevantes. Las similitudes están asociadas a que existe el objeto de un contrato que puede ser cumplido por un proveedor, un prestador de servicios o un constructor, y las diferencias en que estos proponentes no tienen características comunes en experiencia o capacidad financiera y a pesar de ello le pueden ofrecer garantías a la entidad estatal para, como dijimos, cumplir con el objeto del contrato.

Una vez elaborados los conceptos de interés general y libre competencia que están en tensión en la licitación pública cuando la entidad estatal elabora los pliegos de condiciones, y establecido el juicio integrado de igualdad basado en el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se trata de espectros de proponentes que son diferentes en términos de capacidad financiera y experiencia pero tienen en común que son idóneos para cumplir con el objeto del contrato, dicha tensión debe ser resuelta mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, un principio jurídico que irradia la licitación pública misma y constituye un límite para el interés general y un instrumento para promover la protección de derechos como la libre competencia económica. Por lo tanto, a continuación pasaremos a presentar en qué consiste este principio y cuál es su aplicabilidad.

E. El principio de proporcionalidad como mecanismo para armonizar el interés general y la libre competencia económica en la contratación pública

1. Introducción

Robert Alexy nos convoca a revisar la estructura de las normas de derecho fundamental[232], siendo la distinción más importante la de reglas y principios, que es la clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Se convierte, entonces, no solamente en un *elemento básico de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad*, sino también de los derechos de protección, organización y procedimiento, y de prestaciones de sentido estricto. Agrega el autor que con la distinción entre reglas y principios se constituye el marco normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales.

En primer lugar, tanto las reglas como los principios son normas porque dicen lo que debe ser, y pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Al igual que las reglas, los principios son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, con lo cual la distinción entre normas y principios se convierte en una distinción entre dos tipos de normas.

Un criterio para distinguir está asociado a la generalidad, siendo los principios normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas de un grado de generalidad bajo. Como otros criterios de distinción encontramos "la determinabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis, el carácter explícito de su contenido valorativo, la referencia a la idea de derecho o una ley jurídica suprema, y la importancia para el ordenamiento jurídico".

---

[232] ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, ERNESTO GARZÓN VALDÉZ (trad.), RUTH ZIMMERLING (rev.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 a 86.

Para el autor, se presentan tres tesis sobre la distinción entre reglas y principios: la primera es que todo intento de dividir las normas entre reglas y principios es vano debido a la pluralidad existente; la segunda considera que las normas se pueden dividir de una manera relevante en reglas y principios, pero señala que esta distinción es sólo de grado, y la tercera dice que las normas se pueden dividir en reglas y principios porque entre estos existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa, que para Alexy se trata de una tesis "correcta".

Si partimos de la base de la diferencia entre reglas y principios, y luego llegamos a la conclusión de que los principios no poseen un contenido definitivo y deben ser concretados, podemos expresar las características del interés general para confirmar su carácter de principio, el cual puede entrar en colisión con otros contenidos constitucionales de las mismas características. Como se concluyó en el capítulo sobre el concepto de interés general, al cumplir fines estatales, y de conformidad con la ley de contratación, el contrato estatal se materializa mediante el interés general con lo cual se vincula al artículo 209 constitucional relativo a la función administrativa, sin desconocer que en la misma Constitución coexisten con el interés general, dentro de ese Estado social de derecho, derechos particulares y colectivos, como es el caso de la libre competencia económica.

Conceptualmente el interés general evoluciona hasta llegar al Estado Constitucional de derecho que posee unas características que lo potencian: a) una Constitución que se erige como norma superior, y que estaría garantizada por procedimientos especiales y agravados de reforma constitucional, y por la institucionalización de una jurisdicción constitucional que tiene por función ejercer un control de constitucionalidad sobre las leyes expedidas por el Congreso; b) un catálogo sustancial de derechos fundamentales en la *lex superior*, y c) la Constitución es un cuerpo normativo vinculante y justiciable que impone de manera prevalente su contenido sobre preceptos legales y disposiciones reglamentarias, en caso de conflicto con estas normas.

En esos términos, como sostiene Alexy[233], en la Constitución participa una categoría de normas jurídicas que, a diferencia de las reglas, tiene un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico y se las considera "mandatos de optimización", lo que implica que lo prescrito en ellas debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles. Se trata de unas normas que no llevan dentro de su estructura un claro supuesto de hecho, ni una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico más amplio que las reglas, en una cuestión de grado. Cuando se trata de las reglas se aplica el criterio de interpretación de la subsunción, en tanto que para los principios el razonamiento jurídico es la ponderación: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestos[234].

---

[233] Ídem.

[234] Dice Atienza que la teoría de la argumentación jurídica formulada por ROBERT ALEXY en su libro *Teoría de los derechos humanos* coincide substancialmente con la de MACCORMICK, pues ambos han recorrido la misma vía pero en sentidos opuestos. MACCORMICK parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales, y a partir de allí elabora una teoría de la argumentación que acaba por considerar que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. En tanto que ROBERT ALEXY arranca con una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego en el campo del derecho, y el resultado al que llega consiste en considerar el discurso jurídico, la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral, y que en concepción de ATIENZA, se trata de una teoría más articulada y sistemática, pues ALEXY no pretende elaborar simplemente una teoría normativa de la argumentación jurídica, sino una teoría que sea también analítica (que penetre en la estructura de los argumentos) y descriptiva (que incorpore elementos de tipo empírico). Para este autor, bajo la influencia que ejerce HABERMAS en la teoría de ROBERT ALEXY, el primero parte de un concepto amplio de razón, lo cual permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente. Señala que la base de la teoría de HABERMAS es una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del leguaje, en donde en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez, es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio. Pero esas pretensiones de validez significan cosas distintas según el tipo de acto de habla de que se trate. Entonces, explica lo anterior señalando que con los actos de habla constatativos (como afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende

que su enunciado es verdadero; y en los actos de habla regulativos (como los mandatos, exigencias, las amonestaciones, las excusas, las recomendaciones, los consejos), lo que pretende es que lo mandado, exigido, etc., es correcto. Por su parte con los actos de habla representativos (como revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar) se pretende que lo que se expresa es sincero, veraz. Y concluye que en definitiva en los actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez, a saber y así las trascribe: el hablante tiene que elegir una expresión inteligible para que el hablante y el oyente puedan entenderse entre sí; el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido. Dicho lo anterior, aclara el autor que en la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua, pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produce el paso desde la acción (la acción comunicativa), que es lo que HABERMAS llama el discurso, en donde el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico). Agrega el autor que, de acuerdo con lo expuesto por HABERMAS, un acuerdo sobre la validez o no de las pretensiones problemáticas supone el consenso racional, es decir, el consenso que es el resultado de haberse sometido al peso de la evidencia y la fuerza de la argumentación, de tal manera que el acuerdo es considerado objetivamente válido para todos los sujetos racionales, en tanto que participantes potencionales, no solo para los participantes del hecho. La teoría de la argumentación jurídica de ROBERT ALEXY surge, según este autor, de la teoría del discurso de HABERMAS y se caracteriza porque en el procedimiento puede participar un número ilimitado de individuos en la situación en que realmente existen, y agrega que la teoría del discurso se puede formular íntegramente a través de reglas, donde ALEXY no incluye solo las reglas sino también formas de argumentos; y, finalmente, en la teoría del discurso las convicciones fácticas y normativas pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados en el curso del procedimiento. Con respecto a la posición de ALEXY frente a las reglas sobre la carga de la argumentación nos aclara ATIENZA que son reglas de carácter esencialmente técnico y que su objetivo es facilitar la argumentación, con los siguientes presupuestos: a) quien pretenda tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo; b) quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello; c) quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de que existan contra argumentos, y d) quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidad que no se refiera como argumentos a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto. Pero

para ALEXY las reglas del discurso no garantizan que se pueda alcanzar un acuerdo para cada cuestión práctica, es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento, y que de alcanzarse dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo, y esta doble limitación de las reglas del discurso práctico hace que sea necesario establecer un sistema jurídico que sirva para cerrar esa laguna de racionalidad. Por eso para ALEXY el derecho resulta justificado discursivamente en su dimensión normativa, en cuanto a conjunto de normas (reglas y principios) que hacen que se aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no estén dispuestos a seguirlas de buen grado. Los procedimientos de creación de normas se clasifican en primer lugar, con el procedimiento jurídico de la creación estatal de normas jurídicas, en donde el establecimiento de normas jurídico-positivas tiene como sentido seleccionar tan sólo algunas de estas normas discursivamente posibles. Sobre este punto se agrega que ningún sistema de normas jurídicas puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos pueden resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso exclusivo de las normas vigentes, derivado según ALEXY de la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles. Por ello propone un segundo procedimiento que consiste en la argumentación jurídica o discurso jurídico, el cual también tiene sus límites, en cuanto no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso, y se necesita por ello de un nuevo procedimiento que cierre esa laguna de racionalidad, que no es otro que el proceso judicial, y una vez que se termina este último procedimiento, solo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles. De lo expresado pasa el autor a explicar la teoría de la argumentación jurídica, en donde, de acuerdo con el ALEXY, el discurso jurídico es un discurso práctico general en el que se discuten cuestiones prácticas y donde se erige también una pretensión de corrección, y la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección. Según el autor consultado, para ALEXY el discurso jurídico también tiene sus límites pues las reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta correcta, pues frente a un mismo caso las reglas del discurso jurídico permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales, y eso se debe a que el discurso comienza sobre la base de las convicciones fácticamente existentes de los participantes, a que todos los pasos de la argumentación no están determinados, y a que algunas de las reglas del discurso sólo pueden ser satisfechas de manera aproximada. Por lo tanto, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico no es sólo limitada en el sentido de que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes, sino que, además, es relativa a los participantes en el discurso y en la mayoría de los casos, el procedimiento no se puede realizar en la práctica; lo que sin embargo, según ALEXY, no desacredita la teoría del discurso ya que por el hecho de que sean posibles diversas respuestas no significa que todas sean posibles. Sostener, como lo hace DWORKIN, que existe una única respuesta correcta le parece a ALEXY equivocado, pues para ello habría que sostener también una teoría fuerte de los principios. Para ALEXY la diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo o conceptual; las reglas son normas que exigen el cumplimiento pleno y en esa medida pueden ser sólo cumplidas

Consideramos que, entre los principios, esto es, las normas jurídicas que no llevan dentro de su estructura un supuesto de hecho ni una consecuencia jurídica precisa, está el concepto de *interés general* regulado, entre otros, en el artículo 209 constitucional cuando se trata de la función administrativa la cual está al servicio de interés general.

Una primera aproximación a los efectos jurídicos del *interés general*, como norma constitucional asimilada a principio, está en la limitación a las libertades económicas, como límite a la iniciativa privada, prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, imponiéndose el principio de prevalencia del interés general sobre el particular como categoría fundante del Estado social de derecho; pero dichos límites deben ser razonables y proporcionales frente a las libertades económicas, por lo tanto las medidas que limiten el ejercicio de la iniciativa privada deben estar debidamente justificadas, pues la supremacía del *interés general* no es una cláusula abierta que le permita al Estado actuar sin límite, con lo que se traduce que la supremacía del *interés general* sin justificación equivale a la arbitrariedad o al abuso que, además, es sinónimo de ausencia de objetividad, de racionalidad. Por otra parte, al ser el *interés general* un concepto jurídico indeterminado, como concepto vago e impreciso, se requiere su determinación concreta y razonable, y no es admisible su sola invocación por cuanto la excepción se convertiría en la regla general, es decir, todo estaría vinculado a garantizar el *interés general*.

Adicionalmente, la prevalencia del *interés general* sobre el particular no puede significar que en todos los casos en los cuales sea ejercida la libertad económica prevalezca el *interés general*, sino que debe haber una verdadera confrontación y valoración de las dos categorías

---

o incumplidas, de manera que si una regla es válida, es obligatorio hacer precisamente lo que ordena; entonces, la forma característica de aplicación de reglas es la subsunción; y respecto de los principios, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las viabilidades jurídicas y fácticas, y por eso la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación. Cfr. MANUEL ATIENZA. *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n.º 134, 2005, pp. 149 a 155; 158 a 165; y 172 a 176, disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf], consultada el 24 de marzo de 2018.

constitucionales. Por lo último afirmado es que consideramos que, en materia de contratación estatal, existe una tensión entre el *interés general* frente al derecho fundamental a la *libre competencia* en concurso con el *derecho a la igualdad*, que debe ser resuelto durante el juicio de proporcionalidad. Se reitera que ante el choque o colisión de varios intereses jurídicamente protegidos, como sería el caso entre el *interés general* y un interés colectivo o individual (se podría pensar en la colisión entre el interés general y la libre competencia económica como derecho individual y colectivo a la vez, y ambos intereses protegidos), se ha de acudir a la ponderación o al principio de proporcionalidad.

Para DURÄO[235] los principios permiten interpretar el derecho conforme a la evolución de los tiempos, ya que al ser normas abstractas generales no puntualizan en casos específicos, como ocurre con las reglas, las cuales tienen un contenido coercitivo, directivo y se aplican a un determinado número de actos y hechos, en tanto que los principios tienen un mayor alcance y permiten una infinidad de aplicaciones. Agrega el autor que los principios consagrados en la Constitución se deben seguir no por su literalidad sino por su carácter teleológico o axiológico. Volviendo a las reglas advierte que son hipótesis idealizadas y debe haber una subsunción para que tengan validez o no, y, en esos términos, ninguna regla debe predominar sobre otra en su aplicación ya que, de acuerdo con el caso, una debe ser válida por ser más específica que la otra, pero nunca se deben superponer. Agrega que toda regla cobra valor cuando se la circunscribe al hecho normado en el ordenamiento jurídico; así, si llegado el caso se presenta una discrepancia entre las reglas se resolverá con la aplicación de una u otra; en tanto si ocurre un conflicto de principios, al no haber jerarquías se ponderarán los valores hasta alcanzar una armonía.

Lo anterior lo explica DURÄO[236] señalando que con el advenimiento de las constituciones, los principios se transformaron en la columna principal de todo ordenamiento jurídico, volviendo a recordar que la diferencia entre principio y regla supone que el género son las normas entre las cuales los principios y las reglas son especies, y aclarando que el concepto

---

[235] PEDRO DURÄO. Ob. cit., pp. 33 a 35.

[236] Ibíd., pp. 180 y 181.

de principio abarca las bases fundamentales del sistema jurídico, sirviendo en la práctica para la protección de los derechos. Además, aclara que, como norma general, los principios no se circunscriben a una situación individual y son más abstractos, como el principio de igualdad, y tienen una función integradora que les da operabilidad a las normas y marcan la tendencia actual del derecho como "elementos de optimización".

Y agrega:

> … La violación de un principio es una ofensa, no solamente para la norma jurídica, sino para todo el sistema normativo, dado que se convierte en la mayor ilegalidad e inconstitucionalidad que se pueda cometer en relación con esos principios.

Y concluye:

> Lo ideal sería que hubiese una preponderancia de los principios constitucionales ahora en estudio –i.e. la libertad, la intimidad y la dignidad de la persona humana– para que formaran un trípode constitucional. Lo que ocurre es que éstos no siempre son absolutos y al haber incompatibilidades entre ellos, necesitan un juez para encontrar el equilibrio, ya que ningún principio debe prevalecer sobre otro.
>
> […]
>
> A decir verdad, los principios se emplean para resolver diversos problemas judiciales, ya que si la justicia fuera extrema, no habría derecho porque perdería su carácter social. Por su parte, hay un juego de principios[237] que está por detrás de las reglas, en otras palabras, se ponderan los principios para equilibrar las fuerzas del derecho y de la norma. La aplicación de los principios valoriza la actividad del funcionario –sea éste un magistrado o un administrador público– por su poder de interpretación, dado que los principios predominan sobre las reglas.

---

[237] ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 83-88, citado por PEDRO DURÃO. Ob. cit., p. 181.

Finalmente, refiriéndose a la aplicación de los principios, señala[238] que se debe garantizar el principio de razonabilidad así como el derecho de participación que sirve para impedir ciertas arbitrariedades, inclusive aquellas aplicables a licitaciones desmedidas o selecciones de ofertas llevadas a cabo según el capricho de las autoridades administrativas[239].

Consultando nuevamente a Alexy en cuanto a la colisión de principios[240], uno de ellos tiene que ceder ante el otro, pero eso no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, y agrega el autor:

> Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos en concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

Una vez vistas las definiciones de regla y principio Alexy llama la atención respecto de las colisiones de principios y conflictos de reglas. Según el autor, cuando las normas se aplican de manera independiente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio, y se diferencian en la forma como resuelven el conflicto.

El conflicto de reglas sólo se soluciona, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida por lo menos una de las reglas[241].

---

[238] PEDRO DURÄO. Ob. cit., p. 182

[239] Coincidimos con el autor cuando al aplicar el principio de razonabilidad se garantiza el derecho de participación y le establece límites al ejercicio arbitrario de la Administración Pública cuando abre convocatorias públicas con pliegos de condiciones diseñados para que pocos o solo un proponente pueda presentar ofrecimiento discriminando a todos aquellos que teniendo las capacidades de todo orden pueden presentarle una oferta al Estado sin comprometer el cumplimiento del contrato.

[240] Ibíd., p. 89.

[241] Un ejemplo propuesto por ALEXY para explicar esta teoría se refiere a la prohibición de abandonar la sala antes de sonar el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da la alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser

Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y con ello eliminada del ordenamiento jurídico. El concepto de validez jurídica no es graduable, pues una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que también vale su consecuencia jurídica. En otras palabras:

Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso en concreto, y dicha contradicción no puede ser eliminada mediante una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos una de las reglas.

La manera como se resuelven estos conflictos para determinar cuál de las reglas debe ser eliminada es aplicando reglas como la *legis posterior derogat legi priori* y *legis specialis derogat legis generalis*[242], pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto "Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez".

Consultando a la doctrina para demostrar que la arbitrariedad en la elaboración de pliegos de condiciones tiene su intervención en el principio de proporcionalidad como concepto jurídico, nos apoyaremos en Robert Alexy[243] y Carlos Bernal[244], quienes proponen aplicar las tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar, para ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima.

En primer lugar toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

---

contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio.

[242] ROBERT ALEXY. Ob. cit., pp. 88

[243] Ibíd.

[244] CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 66 a 68.

En segundo término, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

Toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

Para mostrar la máxima de "*necesidad*" [245], se ilustrará con el siguiente ejemplo:

La constelación más simple está caracterizada porque en ella entran en juego dos principios[246] y dos sujetos jurídicos (Estado y ciudadano).

El Estado persigue un fin F con el principio $P_1 – F$ es idéntico a P_1.

Existen por lo menos dos medios[247] M_1 y M_2, que son igualmente adecuados para promover F.

M_2 afecta menos intensamente que M_1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P_2.

Bajo estos presupuestos para P_1, es igual que se elija M_1 o M_2, P_1 exige que se elija M_1 en lugar de M_2, o M_2 en lugar de M_1. En cambio para P_2 no es lo mismo que se elija a M_1 o M_2, en tanto exige un mandato de optimización en lo que respecta tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. En lo que respecta a las posibilidades fácticas, P_2 puede ser realizado en una medida

---

[245] Ibíd., pp. 113 y 114.

[246] Los dos principios involucrados en la celebración de contratos estatales se encuentran, por una parte el *interes general*, que es representado por uno de los sujetos jurídicos, el Estado (ART. 1, 2, y 209 C.P.); y el otro principio sería el derecho de los interesados a presentar una oferta, derecho de participacion en los negocios públicos y que se traduce en el *derecho a la igualdad* (ART. 13 C.P.) en concordancia con el derecho a la *libre competencia economica* (art. 333 C.P.).

[247] Medios debe entenderse como reglas.

mayor si se elige M_2 y no M_1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez tanto de P_1 como de P_2, solo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.

En tercera medida, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para el titular y para la sociedad en general.

Para entender el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido consultamos a Carlos Bernal Pulido[248] cuando señala que se objeta la teoría frente a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación, y que se reitera que la ponderación es irracional porque es imposible predecir los resultados, pues todos los resultados son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de los criterios generales, de tal manera que se magnifica "… la justicia en el caso en concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho". Y concluye:

> Existe un nexo entre estas objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debe, pretendidamente, a su indeterminación conceptual, y el factor principal que genera esta falta de precisión conceptual es la inexistencia de una medida común que posibilite definir el peso de los principios relevante en cada caso concreto.

Ahora pasa Bernal a definir la ponderación como el procedimiento práctico común en el razonamiento jurídico y cómo sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana, y luego explica lo que es la racionalidad. En cuanto a la racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción. En lo que se refiere a la racionalidad práctica, para este autor, se trata de determinar las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional, y concluye:

---

[248] CARLOS BERNAL PULIDO. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 21 a 42.

> No obstante, en general se acepta que, para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptuales claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.

Propone que para superar las objeciones de indeterminación conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación, que el acto de ponderar es irracional, que para superarlo se debe ofrecer un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar principios en colisión y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho, lo cual no es otra cosa que la fórmula del peso propuesto por Robert Alexy, en donde en su última versión, la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de argumentación[249].

---

[249] Un ejemplo de la aplicación de la fórmula del peso se puede encontrar en Corte Constitucional en la Sentencia C-720 del 11 de septiembre de 2007, donde se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el articulo 192 del decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, que consagra la retención transitoria de 24 horas en Estación o Subestación de Policía, por violación del artículo 28 de la Constitución Política. Para resolver la constitucionalidad de la medida la Corte aplica el juicio de proporcionalidad en estricto sentido haciendo uso de la fórmula del peso, donde evalúa si los derechos e intereses que se protegen con la medida estudiada o demandada tienen en el caso en concreto un mayor peso que aquellos derechos que se sacrifican al ponerla en práctica. Por ello la Corte pondera los principios constitucionales que otorgan razones a favor como en contra de la medida demandada, así entre mayor afectación a un derecho mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger. En ese contexto la Corte indica que es necesario definir (i) la importancia e intensidad de la afectación del derecho comprometido (en este caso de la libertad personal y los derechos garantía que la rodean) y de la satisfacción del derecho protegido; (ii) el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos (la libertad personal y los derechos a la vida o a la integridad de terceras personas y del propio sujeto); y, finalmente (3) el grado de seguridad de las premisas empíricas que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida (la certeza que en la práctica se puede tener sobre la afectación o la protección de los derechos en conflicto). Para el caso en concreto la Corte

Bernal señala que la ley de ponderación supone que "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor será la importancia de la satisfacción del otro", y la divide en tres pasos:

> En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

El autor indica que para Alexy la importancia y el peso abstracto pueden alcanzar la conmensurabilidad mediante la referencia de una escala tríadica en la que las intensidades leve, moderada y grave especifican el grado de importancia de los principios en colisión. En otras palabras la importancia (I) de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación, la segunda es el peso abstracto (G) de los principios, y agrega que el peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos, y dicho peso se puede establecer en relación con valores sociales positivos. Luego agrega una tercera variable (S) que se refiere a la certeza o seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. Por lo tanto:

Constitucional considera que no resulta claro que la medida sea idónea para proteger a quien en estado de incapacidad transitoria requiere una protección especial; porque existen medios que, con una idoneidad equivalente a la retención transitoria, sacrifican en menor medida otros valores y principios constitucionales; y porque además se trata de un caso en el cual la medida afecta bienes particularmente valiosos en aras de evitar un daño sobre el que, en estricto sentido, no se tiene certeza; la Corte concluye que la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada y entendida como una medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue y así declara la inconstitucionalidad de la norma demandada.

> La variable "S" se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio de ponderación.

De aquí pasa Carlos Bernal a la fórmula del peso como el mecanismo que permite articular la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación. La fórmula del peso tiene la siguiente estructura:

$$GPi, jC = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

Al respecto señala Bernal:

> Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la *importancia* del principio Pi, *su peso abstracto* y *la seguridad de las apreciaciones empíricas* concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la *importancia* del principio Pj, *su peso abstracto* y *la seguridad de las apreciaciones empíricas* concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma representativa o metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve: 2^0, es decir 1; medio: 2^1, es decir 2; y grave 2^2, es decir 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto: 2^0, es decir 1; plausible: 2^{-1}, es decir ½ , y no evidentemente falso 2^{-2}, es decir ¼.
>
> Mediante el uso de estos valores numéricos en las variables de la fórmula del peso es posible determinar el "peso concreto" del principio Pi en relación con el Pj en el caso. Si el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio Pi. Si, por el contrario, el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj. Si Pi fundamente la norma Ni que prohíbe @ y Pj fundamenta la norma N2 que ordena @, en el primer caso debe prohibirse @ y en el segundo caso debe ordenarse.

Adicionalmente el autor nos recuerda que el tercer elemento de la ponderación se denomina la carga de la argumentación y opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso en concreto de los principios en colisión es idéntico (o expresado formalmente GPi, jC = GPj, IC), en este caso Robert Alexy propone dos diferentes formas de superar este tipo de empates, que resulta problemática por cuanto puede generar resultados incompatibles. Bernal señala que en la Teoría de los Derechos Fundamentales Alexy aduce explicaciones que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídicas, es decir, del principio *in dubio pro libertate*, según el cual, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer sin que se invoquen a su favor "razones más fuertes". En otras palabras, para Bernal se trata de que los empates deben favorecer la libertad y la igualdad jurídica.

Por otra parte el autor nos hace ver que en el "Epílogo" de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Alexy defiende una carga de argumentación diferente, pues señala que en todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como "no desproporcionada", y por tanto debe ser declarada constitucional; en otras palabras, los empates no juegan a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor de la declaración de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades democráticas legitimadas; así que desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

Pasa luego Bernal a explicar la función y la estructura de la fórmula del peso, que en su criterio es una nueva ley de la ponderación, pues su objetivo es establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios a la luz de las circunstancias del caso. Advierte que esta relación de precedencia condicionada no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (del grado de no satisfacción o de afectación de un principio y la importancia de la satisfacción o no afectación del otro) sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concerniente a la importancia de los principios. Lo anterior implica que la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley de ponderación originaria, por cuanto explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

Entonces, cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor debe ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi a la luz de las circunstancias del caso.

Para Carlos Bernal esta nueva ley de ponderación también se puede expresar así:

$$GPi, jC < GPj, IC,$$

O de manera más explicada:

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} < \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

Señala como ejemplo que el funcionamiento de esta ley de la ponderación puede aclararse con la ayuda de un ejemplo en donde la vida de un niño depende de una transfusión de sangre, que sus padres impiden llevar a cabo en razón de sus creencias religiosas. Agrega que esta situación implica un conflicto entre el principio de protección de la vida y el derecho a la libertad de conciencia. Ante este conflicto se pregunta si es contrario a la Constitución ordenar la práctica de la transfusión de sangre en contra de la voluntad de los padres. Una Corte Constitucional puede considerar que el grado de no satisfacción o de afectación del principio Pi (libertad de conciencia) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio de Pj (protección de la vida del niño) (4). Luego indica que la Corte Constitucional puede considerar que el peso abstracto de la libertad de conciencia Pi es medio (2) y que el derecho a la vida es intenso (4); finalmente que puede estimar que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras (1). En este caso la aplicación de la nueva ley de la ponderación llevaría la siguiente conclusión:

$$\frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} < \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1}$$

Eso quiere decir:

$$\frac{8}{16} < \frac{16}{8}$$

O sea:

1 < 2
2

Agrega que en el ejemplo, la medida consistente en ordenar la práctica de la transfusión de sangre satisface las exigencia de la ley de ponderación, porque tras su aplicación GPi, jC < GPj, IC; por lo tanto, proteger la vida del niño debe considerarse como una medida constitucional.

Dice Bernal que los juicios racionales relacionados con el grado de importancia frente a los principios de colisión, dependen de los casos fáciles y da como ejemplo que una revista satírica se refiera a un tetrapléjico con el apelativo de "tullido", y como constituye una "ofensa grave" contra el derecho de la honra, así mismo se le atribuiría una valor numérico de 4, mientras que contribuiría muy poco al desarrollo de la libre expresión y por ello se le atribuiría un valor numérico de 1[250]. Pero ello no quiere decir que no haya casos difíciles, en los que las premisas fácticas y normativas deben considerarse para determinar la importancia de los principios cuando son inciertas. Y señala que cabe dudar si es posible determinar en abstracto el grado de intervención de cierta medida en la libertad de conciencia[251] sin tener en cuenta las apreciaciones subjetivas del creyente relativas a su

---

[250] García Amado, que es crítico de la teoría de ROBERT ALEXY, trae a colación el análisis de la Sentencia *BVerfGE 86*, *1-Titanic/Geb*. *Mörder* que se refiere justamente a este caso y en donde pone en duda la aplicación del principio de proporcionalidad. En este caso el Tribunal condenó a indemnizar al demandante por violación del derecho al honor al haberlo llamado en la publicación "tullido". Para ROBERT ALEXY se trata de la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. La palabra "tullido" es una vulneración muy grave al derecho al honor, pues es una expresión humillante, en tanto que la grave afectación a la libre expresión obliga a indemnizar. Para el autor se trata de una subsunción. Cfr. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. *Decidir y argumentar sobre derechos*, cit., pp. 159 a 172.

[251] Corte Constitucional. Sentencia n.º T-411 del 19 de septiembre de 1994, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Pondremos como ejemplo este caso. Se revisa la sentencia de Tutela que protegió la vida de una menor de diez meses cuya familia pertenecía a la comunidad religiosa denominada evangélicos, y que no querían suministrarle

experiencia religiosa, con lo cual sostiene que el grado de intervención en la libertad religiosa que pueda tener la práctica de una transfusión de sangre (o en el caso que se transcribe no

---

servicio médico a pesar de padecer una bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, y que de no tratarse de pondría en riesgo su vida. Entre sus consideraciones la Corte Constitucional arguyó que se reconoce en el hombre la capacidad de exteriorizar sus propias creencias espirituales siendo la fe religiosa un acto racional, pues el hombre es el único ser que cree en algo superior y tiende por esencia a la trascendencia. Advirtió que el ejercicio de la libertad religiosa está limitado, y es un derecho que implica un deber correlativo y proporcionado. Se preguntó entonces si en su ejercicio la libertad religiosa no puede vulnerar el derecho de otra persona. Y para dar respuesta consideró: "En cuanto a la concepción del prójimo como ser que es fin, tal máxima señala que no puede el derecho propio ir contra el derecho de los demás. Es obvio que así suceda, pues los derechos coexisten, no se excluyen, entre otras razones, porque forman un todo jurídico fundado en el orden, como expresión de la armonía de las partes entre sí. Lo anterior demuestra que es inconcebible que en aras de la libertad religiosa, una persona pase sobre el derecho de otra. No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona –en el caso *sub examine* una menor– como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica (art. 14 C.P.), la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad". Agregó que también el derecho a la expresión de la libertad religiosa está limitado por el orden público y el bien común, el primero como expresión jurídica de la armonía social, y el segundo como realización del conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones de hombres libres y a cada uno de sus integrantes el logro pleno de la propia perfección. En esos términos al decidir para el caso en concreto la Corte encontró, por una parte, que había un aparente conflicto de derechos, el derecho a la expresión de la libertad religiosa de los padres, y por otra, el derecho a la vida y a la salud de su hija menor. Y concluyó: "En el presente caso es obvio que debe primar el derecho a la vida y a la salud de la menor". Consideró que "… las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior. Por lo demás, es de la esencia de las religiones en general, y en particular de la cristiana, el propender por la vida, la salud corporal y la integridad física del ser humano; por ello no deja de resultar paradójico que sus fieles invoquen sus creencias espirituales, como ocurre en este caso, para impedir la oportuna intervención de la ciencia en procura de la salud de una hija menor. No existe, pues, principio de razón suficiente que pueda colocar a un determinado credo religioso en oposición a derechos tan fundamentales para un individuo como son la vida y la salud".

suministrar el servicio de salud al menor de edad por razones religiosas) que se lleve a cabo mediante coacción depende de cómo los individuos viven su fe; y agrega que un acto como este puede ser intrascendente desde el punto de vista del ejercicio de la libertad religiosa de muchos individuos, pero muy serio para un Testigo de Jehová (o para los evangélicos en la jurisprudencia trascrita). En esos términos nos advierte el doctrinante que la aplicación de la fórmula del peso abre al juez el ámbito de deliberación en el cual su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica así como de su ideología política.

Aunado a lo anterior, sostiene que el juez goza de un ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es fácil o difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, es decir, de la importancia de los principios en colisión, tanto así, que es posible que un caso que parece fácil, después de considerar argumentos adicionales, se llegue a la conclusión de que se trata de un caso difícil.

Para el doctrinante lo que de todas maneras es manifiesto es que el grado de importancia de los principios relevantes depende de premisas fácticas y normativas, por lo que en este punto es posible complementar la fórmula del peso mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta. Y un primer tipo de premisa normativa tiene que ver con el significado (Si) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del "concepto de persona" presupuestado por el sistema jurídico y político. Sostiene que en una sociedad liberal se debe atribuir un mayor peso a los derechos liberales vinculados estrechamente con las capacidades morales de la persona; por lo tanto, esos derechos ostentan un significado sobresaliente y toda intervención del poder público en ellos se debe considerar como una intervención en el principio al que se adscriben, y concluye: "En una sociedad rawlsiana, cuanto más esté conectada con las capacidades morales de la persona una posición jurídica adscrita a un principio, tanto mayor deberá ser la importancia que debe atribuirse al principio".

Dice Bernal que una segunda clase de premisa normativa es la importancia de la posición jurídica (PJ), considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. Agrega que en cuanto se refiere a las premisas empíricas, se señala que estas tienen que ver con el significado que tenga la medida bajo examen para los principios relevantes y sostiene:

> Desde esta perspectiva, la importancia de los principios depende de la eficiencia (E), la velocidad (V), la probabilidad (P), el alcance (A) y la duración (D) con que la medida afecta o satisface, correlativamente, los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápida, probable, potente y duradera sea la medida bajo examen para afectar y satisfacer los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios.
>
> $IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC)\ (*) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$
>
> $WPjC = (SiPjC \cdot PJPjC)\ (*) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC)$

Señala Bernal que el juez goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. Señala que el peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. La variable del peso abstracto pierde importancia cuando los principios de colisión son de la misma naturaleza. Agrega que, por regla general, cuando se trata de casos difíciles, el juez goza de un margen de deliberación considerable y ese margen supone un límite para la racionalidad.

Adicionalmente, indica que no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que se pueda formular en los términos de la escala tríadica. Si, por ejemplo, el derecho a la vida merece el máximo valor (4), ¿debe atribuirse el mismo valor a los derechos estrechamente ligados a la dignidad humana o con el principio democrático?, o ¿este debe variar en razón del grado de conexión con estos principios más abstractos? También se formula la misma pregunta respecto del derecho de la igualdad jurídica o de la búsqueda de la igualdad real. Según Bernal, la determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por el juez de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Por ejemplo, si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad; si, por el contrario, la teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. Se agrega que el juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la Constitución, pero el problema es que no es fácil saber cuál es esa teoría.

Según Bernal, desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende de la eficiencia, la velocidad, la probabilidad, el alcance y la duración del efecto que tenga sobre

ellos la medida que está en juego en cada caso. Señala que a veces el juez no sabe cuál es el valor correcto que se debe atribuir a cada una de esas variables, y en segundo término, la combinación de estas variables es un asunto complejo.

En casos concretos se debe establecer si las premisas normativas relevantes son fiables (1), plausibles (1/2) o no evidentemente falsas (1/4), y a renglón seguido agrega:

> Si se distingue la seguridad de las premisas empíricas (SEIPiC y SEWPjC) de la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto (SNIPiC y SNWPjC) y su peso abstracto (SNPPiA y SNPPjA), tendríamos entonces una nueva definición más completa de seguridad de las premisas, de la siguiente forma:

$$SPiC = SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA$$
$$SPjC = SEWPjC \cdot SNWPjC \cdot SNPPjA$$

Y añade Carlos Bernal:

> Conclusión
>
> Todas estas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (\mathbf{E}PiC \cdot \mathbf{V}PiC \cdot \mathbf{P}PiC \cdot \mathbf{A}PiC \cdot \mathbf{D}PiC) \cdot GPiA \cdot (SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA)}{(SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (\mathbf{E}PjC \cdot \mathbf{V}PjC \cdot \mathbf{P}PjC \cdot \mathbf{A}PjC \cdot \mathbf{D}PjC) \cdot GPjA \cdot (SEIPjC \cdot SNIPjC \cdot SNPPjA)}$$

Entonces, para Bernal esta fórmula busca dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes para la ponderación. Sin embargo, agrega que tal fórmula no puede determinar el valor de cada variable, así como tampoco si el valor de cada variable debe ser el mismo. Es por ello que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico, pues sólo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas esas variables. Adicionalmente reconoce que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí mismo un procedimiento altamente complejo. Por otro lado, indica que la fórmula del peso no es un procedimiento que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta, y antes por el contrario, este modelo de ponderación reconoce

sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación es el que su ideología no reduce la racionalidad ni la utilidad del fórmula del peso.

En esta estructura la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso señala cuáles son las variables relevantes para la ponderación, y como consecuencia posibilita fundamentar correctamente en el derecho su resultado. Por medio de esta fórmula se puede estructurar una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas complejas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en la fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras. Por último, la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos del derecho constitucional se pueden resolver con ayuda de consideraciones de filosofía del derecho.

2. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo

Sarmiento Ramírez[252] considera el principio de proporcionalidad como un principio general invocado permanente por los recurrentes en procesos contenciosos administrativos, donde se

---

[252] SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., pp. 18 a 26. Para JUAN DIEGO MARTÍNEZ y ANTONIO LEAL-HOLGUÍN. "Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 19, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 223-267, señalan que en uso de sus potestades discrecionales una entidad estatal determina los requisitos para que los particulares se vinculen con ella, interviniendo en su libertad para contratar con el Estado, intervención que debe ser proporcional como una relación de medios y fines, y que, en su criterio, es aplicable a la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. Agregan que el principio de proporcionalidad se erige como una barrera contra la arbitrariedad de la intervención estatal; así, cuando en uso de sus potestades discrecionales una entidad determina los requisitos para que los particulares contraten con ella está interviniendo en la libertad de esos particulares para contratar con el Estado, de forma que la intervención debe ser legítima y proporcional.

advierte que dicho principio sólo puede operar cuando la Administración goza de ese margen de actuación, pues el resultado orienta la actividad hacia la adopción de medidas menos lesivas. En esos términos si la Administración no goza de alternativas, entonces se trata de una actuación reglada, desviando el control de proporcionalidad no hacia el acto reglado, sino hacía las normas de cobertura reguladoras del acto[253-254].

Como señala Sarmiento, una importancia que se deduce del principio de proporcionalidad es su papel en el derecho administrativo ubicado en el Estado constitucional, adicional a su

---

Recomiendan que las personas encargadas de elaborar pliegos de condiciones lleven a cabo un juicio de proporcionalidad con el fin de determinar cuál de los principios debe prevalecer (principio de selección objetiva y principio de igualdad). Como crítica a las actuaciones administrativas señalan que la falta de estandarización de los pliegos de condiciones le permite a las entidades exigir requisitos inadecuados para seleccionar a los contratistas, lo que finalmente afecta la concurrencia de los oferentes y la posibilidad de la Administración de seleccionar la oferta más conveniente. En otras palabras, la aplicación del principio de proporcionalidad trae un doble beneficio para la entidad contratante: por una parte le permite cerciorarse de que la decisión está suficientemente sustentada y que no afecta injustificadamente derechos de potenciales proponentes, y por otra la habilita para justificar ante terceros su decisión al demostrar que no se tomó con base en caprichos o desviaciones de funcionarios. Para estos autores el principio de proporcionalidad sólo puede operar en el ámbito de las actuaciones discrecionales de la Administración, que afectan la esfera jurídica de los particulares, y en contratación estatal la determinación de los requisitos para contratar con el Estado es una actividad discrecional de la Administración que afecta la esfera de los particulares, lo cual justifica la aplicación del principio de proporcionalidad en este ámbito pues se trata de una actividad administrativa, y la colisión de principios sería entre el principio de selección objetiva y la libre competencia y el derecho de igualdad.

[253] Para dar un ejemplo, la imposición de una multa es una actividad reglada; lo que merece la aplicación del test de proporcionalidad sería por ejemplo el monto de la multa.

[254] Con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, PEDRO DURÃO sostiene que la Administración pública adopta elementos característicos del Estado de derecho basados en la proporcionalidad para la prohibición de excesos, en la concordancia práctica y razonabilidad de sus medidas. Agrega que los principios supranacionales son aplicables para alcanzar una solución equilibrada e impedir arbitrariedades como la razonabilidad y proporcionalidad bajo la garantía del *due process law*, que supone factible aplicar los tratados de derechos humanos para la protección del debido proceso legal en las licitaciones y el uso correcto de los presupuestos públicos. Cfr. PEDRO DURÃO. Ob. cit., pp. 203 y 210.

aplicación en la teoría de la argumentación en la resolución de casos difíciles[255], como los que provienen del control de discrecionalidad administrativa. Bajo esos parámetros, en materia de contratación estatal estaría plenamente justificada la aplicación del principio de proporcionalidad, primero porque la ley de contratación así lo señala, pero también por el hecho de que los requisitos que deben contener los pliegos de condiciones no fueron definidos por el legislador en su competencia de especificar lo más conveniente para el interés general, sino que fueron delegados a la Administración Pública para que cuando fungiera como ordenadora de gasto o contratante, integrara dichos requisitos en el acto administrativo general llamado pliego de condiciones y los materializara.

Sarmiento argumenta que el control de proporcionalidad es una norma jurídica en tanto está contemplada en el ordenamiento, pero debe entenderse más como un principio jurídico, en donde como mandato goza de un elevado nivel de generalidad en el supuesto de hecho, y dotado de una consecuencia.

Como mandato coincide con la propuesta de Robert Alexy que considera los principios como "mandatos de optimización", que en su distinción entre normas y principios, señala que los principios son indeterminados. Concluye con esto que en cuanto al principio de proporcionalidad se trata de un principio jurídico que utiliza la ponderación como método de aplicación y la creación de reglas como resultado de la ponderación. Vuelve este autor a traer colación a Alexy para señalar con respecto a esto último, que en la creación de las reglas se potencia el papel de los principios, es decir, que los principios son el resultado de un proceso deliberativo que crea reglas a tener en cuenta en la resolución de casos en el futuro mediante la teoría de la argumentación; pues estas reglas no son verdaderas fuentes de derecho sino criterios que refuerzan la argumentación de casos futuros en aplicación del principio y que denomina "reglas de prevalencia condicionada", y se reafirma:

---

[255] Dice el autor que la tesis del "caso difícil" irrumpe con la obra de R. DWORKIN. *Los derechos en serio*, M. Gustavino (trad.), Barcelona, 1984, citado por DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., p. 26.

> En nuestra exposición, nos alineamos con este papel del principio jurídico de proporcionalidad, en cuanto creador de criterios para los casos futuros, mediante la construcción de reglas de prevalencia condicionada en la resolución de cada supuesto.

Dice Sarmiento[256] que para la resolución de casos difíciles la teoría del derecho ha creado la teoría de la argumentación como un instrumento que permite obtener una respuesta correcta cuando haya que resolver casos difíciles[257] por ejemplo por el juez, y agrega que todos los supuestos en los que la jurisdicción contencioso administrativa controla el ejercicio de la discrecionalidad de las administraciones públicas son casos difíciles, y en consecuencia toleran, e incluso exigen, el empleo de la teoría de la argumentación. Para el doctrinante, la teoría de la argumentación no ofrece una respuesta correcta ni una fórmula matemática para

---

[256] SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., pp. 26 a 30.

[257] Sostiene DWORKIN que en la escuela del derecho positivo la teoría de los casos difíciles supone que cuando un litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, el juez tiene la discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. Eso quiere decir que el juez ha introducido al caso que tenía entre manos nuevos derechos jurídicos que luego aplican retroactivamente, por lo que es un deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Agrega que una de las objeciones para que el juez cree derecho a fin de resolver casos difíciles es que los jueces deben legislar y cuando lo hacen deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que ese legislador haría de verse enfrentado con el problema; y por ello sostiene que los jueces no son ni deben ser legisladores, y defiende la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos. Para DWORKIN los argumentos políticos justifican una decisión demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad, en tanto que en los argumentos de principio la decisión respeta o asegura un derecho individual o de grupo. Frente a las objeciones a este planteamiento agrega que los jueces no son responsables ante el electorado, y una segunda objeción es que cuando el juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho. En esos términos, los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual, en tanto que los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. La tesis de los derechos sostiene que en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan característicamente en principios y no en directrices políticas (p. 166), e igualmente prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos en concreto (p. 171), los cuales deben poseer dos características; deben ser más bien derechos institucionales básicos, y dentro de lo institucional deben ser más bien jurídicos; cfr. RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit., pp. 146 a 208.

la consecución de la respuesta más correcta, sino que detecta la necesidad de incorporar un discurso más refinado a cargo del juez para llegar a soluciones más racionales y legítimas. Y en esos términos, el principio de proporcionalidad se relaciona de forma especial con la teoría de la argumentación, donde el principio le ordena al juez un procedimiento gradual (adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) y un elevado nivel de motivación.

Sarmiento pasa luego a explicar[258] lo concerniente al ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, aclarando que la naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad se aplica en las esferas de la actuación administrativa discrecional, por lo tanto se puede hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar su buen uso. Advierte que en los Estados constitucionales de Derecho es frecuente que se produzcan conflictos entre el mandato constitucional de control judicial y la función deferente que merece toda la Administración al decidir asuntos de especial complejidad técnica.

La aplicación controladora del principio de proporcionalidad supone que:

1) La estructura del principio de proporcionalidad tiene una forma escalonada y tripartita de aplicación. La dinámica controladora de proporcionalidad solicita del órgano que fiscaliza una apreciación de los medios y fines, en atención a su adecuación, necesidad y ponderación. En otras palabras, pone al órgano en una situación de argumentación poco habitual en la medida en que sólo a través del triple test se puede determinar la proporción o desproporción del ejercicio de la potestad, así que el uso del principio como instrumento de control fomenta la argumentación.

2) La proporcionalidad aplicada en su estructura tripartita sólo puede generar motivación, en tanto que su aplicación requiere un análisis de medios, fines y hechos, y el equilibrio entre todos ellos.

---

[258] SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., pp. 31 a 39.

3) Refiriéndose el autor a Alexy y Bernal sostiene que el principio de proporcionalidad es un productor de reglas de prevalencia condicionada. Se trata de la resolución del caso cuando el principio, hasta entonces general, se convierte en norma concreta, la cual no pertenece al sistema general de fuentes y se denomina "regla de prevalencia condicionada", que se constituye en norma controladora dirigida a la Administración Pública como límites negativos a la actuación de los poderes públicos.

Con la aplicación del principio de proporcionalidad, cuando la competencia es discrecional[259] derivado de nuestra preocupación de cómo la Administración Pública está llevando a cabo la selección objetiva de las ofertas en la licitación pública, decidimos efectuar un trabajo de campo que se refleja en el anexo de esta investigación, y en el cual demostramos en un volumen importante cómo las actuaciones de la Administración son en su mayoría desproporcionadas en la confección de pliegos de condiciones. Nos parece oportuna esta reflexión pues así como el juez de lo contencioso administrativo va a controlar las actuaciones del poder ejecutivo, así mismo este debe comportarse de otra manera y empezar a aplicar el principio de proporcionalidad en una especie de autocontrol.

Volviendo a Sarmiento[260] cuando se refiere a la actividad administrativa relacionada con actos y contratos, este es su quehacer diario que en ocasiones puede manifestarse de manera desproporcional y será susceptible de impugnación por controvertir el principio de proporcionalidad. Es así como los actos administrativos son la técnica más habitual de expresión de la Administración Pública, dotados de una cobertura formalizada y resultado de un procedimiento en el que interviene el ciudadano solicitante; por lo tanto, lo más habitual es que afecte la esfera jurídica del individuo o grupo, motivo que justifica la intervención del principio de proporcionalidad.

Advierte[261] que una línea central de la evolución del principio de proporcionalidad es la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales, y el control se

---

[259] Ibíd., p. 39.

[260] Ibíd., pp. 67 a 70.

[261] Ibíd., pp. 106 a 107.

manifiesta en unos casos muy concretos: "aquellos que reducen o afectan de manera perjudicial la esfera jurídica del particular". Agrega que la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de discrecionalidad administrativa, es respecto de la afectación lesiva del ciudadano.

Nos recuerda Sarmiento[262] que hay ocasiones en las cuales el ordenamiento ordena una actuación más activa de los jueces encargados de realizar el control en el caso de los derechos fundamentales en su función informadora de todo el ordenamiento[263], y agrega:

> Junto con el contexto jurídico aplicable al caso, la resolución se condiciona igualmente por el contexto fáctico, manifestado por la gravedad lesiva de la intervención administrativa. Si bien el contexto jurídico nos indica, *a priori*, cuál es el nivel de protección, a la luz de las circunstancias habremos de observar la lesión que ha sufrido el recurrente y su intensidad a la luz del estándar de protección. Tan importante como el del plano jurídico es el papel del plano fáctico, que podría provocar la modificación del estándar abstracto. La fuerza normativa de la protección individual, unida al presupuesto jurídico público *in dubio pro libertate*, hace que el caso no se resuelva de espaldas a los intereses sacrificados.
>
> […]
>
> El conflicto de estándares puede ofrecernos una solución neutra metodológicamente hablando; es decir, *el estándar de más compensa el estándar de menos*, *convirtiendo el conflicto en su problema afín a la ponderación de bienes e intereses*. Cuando los estándares en conflicto muestren una tensión, por ejemplo, entre el valor democrático y la libertad del individuo, la resolución del conflicto se lleva a cabo mediante la ponderación de bienes e intereses en juego. Si no existiera neutralización de la función deferente no habría que realizar ponderación alguna, pues el conflicto ya está resuelto a favor de la Administración.

De acuerdo con lo expuesto, mientras que no se apliquen las técnicas de argumentación jurídica utilizando el principio de proporcionalidad, el ciudadano queda expuesto a la

---

[262] Ibíd., pp. 117, 121 y 122.

[263] Que podría ser el caso para la contratación estatal del ejercicio de los derechos de igualdad y libre competencia económica.

vulneración de sus derechos, pues, al no existir la ponderación entre los valores constitucionales en tensión, la justicia siempre resolverá a favor de la Administración. Con el trabajo de campo se demuestra hasta la saciedad la afectación de la libre competencia económica y el derecho de igualdad con un pliego de condiciones que, invocando el interés general, decide imponer reglas de participación que sólo unos pocos, o uno sólo, pueden cumplir, generando en el 80% de los casos consultados una o máximo dos propuestas.

El autor consultado[264] ilustra respecto de la estructura del principio de proporcionalidad y señala que partiendo de la jurisprudencia y el uso que esta había hecho del mismo, la dogmática delimitó una figura tripartita equivalente a un test de proporcionalidad de las siguientes características:

1) ¿El acto jurídico administrativo es adecuado para cumplir los fines que lo justifican?

2) ¿Existen medidas menos lesivas al interés individual que cumplan igualmente los fines que justifican el acto jurídico administrativo?

3) ¿Los resultados del acto jurídico administrativo son desproporcionados en comparación con los sacrificios sufridos por sus destinatarios?

Agrega que esta construcción abstracta es aplicable a todos los actos jurídicos adoptados por los poderes públicos, así que el test de proporcionalidad pasa a convertirse en verdadero canon de control jurídico de la actuación administrativa, concretamente allá donde esta actúa sobre potestades discrecionales; además, permite al controlador jurídico entrar en el fondo de la decisión administrativa hasta el punto de emitir una decisión anulatoria de la misma; y agrega que esta institución se diferencia de "… otras figuras similares, concretamente de la desviación de poder", y la razón está en que el test se reduce a dos: los fines y los medios. Por último, señala adicionalmente que el test de proporcionalidad actúa como principio

[264] SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., pp. 125 a 127.

ultima ratio pues es un criterio que interviene cuando las demás herramientas jurídicas no resultan operativas y no ofrecen suficientes garantías de control.

Y en cuanto a las consecuencias[265] advierte que el principio de proporcionalidad genera un control objetivo, por cuanto, de conformidad con los fines, se enjuicia exclusivamente a la luz de la decisión impugnada, de tal manera que el acto pasa a ser analizado en su interior, y si constituye una decisión lesiva por inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto de los fines tasados, será declarada nula. Por lo anterior difiere de la calificación de desvío de poder que es un control subjetivo donde se acusa a la administración de actuar para obtener una resultado distinto al contemplado en el acto[266].

Para este autor los presupuestos de control de proporcionalidad[267] señalan que las dos magnitudes que conforman el principio de proporcionalidad, el medio y el fin, deben ser lícitas para poder articular el principio. En caso de que existan dudas respecto de la legalidad del acto o de los fines, deberán resolverse antes de ser aplicado el principio de proporcionalidad, que se traduce en el carácter subsidiario del principio[268]. El principio de proporcionalidad es una de las principales herramientas de control jurídico de la actuación discrecional de la administración, por cuanto al aplicar el test se evalúa entre otros una medida menos lesiva que la impugnada. Es así como el juicio de proporcionalidad enjuicia

---

[265] Ibíd., p. 140.

[266] La postura de este autor también nos parece interesante y la compartimos en su integridad, por cuanto consideramos que detrás de una actuación desproporcional se puede esconder una actuación con desvío de poder; entonces, mientras en este último caso se debe demostrar la intención del agente de atender un fin distinto al interés general para favorecer sus propios intereses, o los de un tercero, en la aplicación del principio de proporcionalidad sólo se deben demostrar los tres subprincipios o cualquiera de ellos en su vulneración para solicitar la nulidad de la actuación.

[267] SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO. Ob. cit., p. 160 a 163

[268] Para dar un ejemplo de lo expuesto por el autor diríamos que uno de los presupuestos de legalidad de los actos administrativos sería el factor de competencia, por lo tanto si hay dudas sobre la competencia para expedir el acto administrativo por parte del funcionario público se debe resolver esta ilegalidad antes que pasar a someter el acto al test de proporcionalidad, pues en caso de no ser competente ello hace que el acto sea absolutamente nulo.

las varias decisiones posibles, impidiendo así el control de potestades regladas cuya solución está predeterminada.

Aclara el autor [269] que el juicio de proporcionalidad se realiza sobre actos de la administración, por eso, como ya lo advertimos, siendo los pliegos de condiciones actos administrativos de carácter general, y en el entendido de que se configuran sobre los parámetros generales propuestos por el legislador, convirtiendo esta actividad administrativa en una competencia discrecional, las medidas para regular las condiciones de los futuros proponentes pueden ser enjuiciadas por el principio de proporcionalidad.

Luego el autor establece el carácter relativo del principio de proporcionalidad[270] donde de entrada señala que el principio no genera normas jurídicas, sino reglas de prevalencia condicionada aplicables a casos futuros en supuestos similares.

Luego nos habla[271] del primer test de adecuación, este tipo de control entraña un juicio de manifiesta desproporción, pues está apuntando a una medida que de ninguna manera permitiría alcanzar el objetivo de la actuación administrativa; una situación que sólo en casos extremos se puede demostrar. El segundo test busca una medida menos lesiva en la consecución de dicho fin. En este caso no se está ante un error tan manifiesto como el anterior, sino ante una decisión susceptible de valoración y comparación con otras, abriendo así las facultades de control hasta el punto de enjuiciar las medidas de forma comparativa. Finalmente, en estricto sentido, el test de proporcionalidad deja en manos del juez una ponderación entre fines públicos y fines privados. La posibilidad de realizar una ponderación entre un valor público y un valor privado permite al juez un mayor nivel de control, y es aquí donde el principio de proporcionalidad adquiere su mayor protagonismo.

---

[269] Ibíd., p. 164.

[270] Ibíd., pp. 165 a 166.

[271] Ibíd., pp. 167 y 168.

Los tres test que integran el principio son mandatos de optimización que ordenan a la Administración una actuación "en la medida de lo posible".

Consideramos que en materia de contratación estatal, cuando se trata de procesos de selección de contratistas por convocatoria pública que exige la elaboración de pliegos de condiciones, y que se trata de actos administrativos de carácter general que se expiden en virtud de competencias discrecionales de la Administración Pública, los límites que se le imponen a la Administración para la construcción de reglas de participación están justamente en la aplicación del principio de proporcionalidad, junto con sus subprincipios de adecuación, necesidad y aplicación del juicio de proporcionalidad en estricto sentido.

Desdentado Daroca[272] señala que en la medida en que la Administración está sometida al principio de proporcionalidad, en el ejercicio de su discrecionalidad para elegir un medio para la consecución del fin establecido en la norma, no podrá elegir cualquier medida, sino únicamente la medida proporcionada. Y en esos términos, la proporcionalidad termina por delimitar la esfera de la discrecionalidad administrativa y más concretamente las alternativas entre las que la administración puede elegir válidamente. Por lo tanto:

> La atribución de discrecionalidad a la Administración no habilita a esta para que elija cualquier medida que le parezca pertinente para la consecución del fin, sino únicamente para que elija entre aquellas alternativas que permitan lograr el fin y que, además, sean proporcionadas; el fin no justifica todos los medios[273].

Esta autora indica que una medida es proporcionada cuando existe, por un lado, una relación de adecuación entre los medios y los fines, y por otro, "un equilibrio entre los diferentes intereses en juego". Y agrega que en el principio de proporcionalidad en sentido amplio se pueden distinguir tres principios distintos: a) el principio de adecuación, idoneidad o

---

[272] EVA DESDENTADO DAROCA. Ob. cit., pp. 162 a 170.

[273] V. ÁLVAREZ GARCÍA. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996, p. 459, citado por EVA DESDENTADO DAROCA. *La discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. *Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª ed., Editorial Aranzadi, 1999.

congruencia; b) El principio de *intervención mínima*, *menor lesividad o exigibilidad*, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

a. Principio de adecuación

Continúa Desdentado señalando que el principio de *adecuación* le impone a la Administración la elección de un medio idóneo o medida que le permita alcanzar un fin. Aclara que la relación de adecuación o congruencia no debe existir únicamente entre la medida y el fin, "… sino también entre esta y los hechos determinantes"; en otras palabras, "… entre los hechos determinantes y el contenido de la decisión administrativa debe existir una necesaria relación lógica de congruencia".

Es por ello que Desdentado afirma que el principio de adecuación limita el campo de la discrecionalidad administrativa a las medidas que sean congruentes con la situación fáctica e idónea para alcanzar el fin, y sostiene que se le está exigiendo a la Administración que actúe con el principio de eficacia, eligiendo aquellas medidas que logren hacer efectivo el fin.

Para efectos prácticos, las medidas que no permitan alcanzar el fin habrán de considerarse inadecuadas, y quedarán por fuera del conjunto de alternativas entre las que la autoridad Administrativa puede válidamente elegir; en otras palabras:

> La discrecionalidad administrativa en la elección de medios queda, así configurada como la posibilidad de elegir únicamente entre las medidas eficaces para la satisfacción del fin; la Administración carece de habilitación para elegir aquellas que son ineficaces.

Si llevamos este subprincipio denominado "adecuación" al campo de los procesos de convocatoria pública, en donde las entidades estatales están obligadas a expedir un acto administrativo denominado "pliegos de condiciones" que fija las condiciones de experiencia general y específica, y la capacidad financiera que deben cumplir los proponentes (art. 5.º Ley 1150 de 2007), vemos que el legislador no reguló de manera detallada el contenido de los requisitos de participación, sino que delegó en la administración pública la competencia para que los completara, en lo que se conoce como una competencia discrecional; entonces, de acuerdo con la autora, esta competencia discrecional en el test de proporcionalidad se ve

limitada por el principio de adecuación, que consiste en que las medidas administrativas tomadas por el Estado deben ser congruentes con la situación fáctica e idónea para alcanzar el fin; en otras palabras, el Estado debe elegir aquellas medidas que logren hacer efectivo el fin. Para nuestro trabajo de investigación la pregunta obligada es ¿cuál sería la situación fáctica que permite alcanzar el fin? Consideramos que en primer lugar se trata de concretar el interés general y es el que se define a través del objeto del contrato que se va a suscribir; y de allí surgen las reglas de experiencia general y específica que permitan exigir un perfil del futuro contratista con el que se pueda alcanzar un fin estatal, que sería en este caso la adecuada selección del contratista que garantice el cumplimiento del contrato; en otras palabras, la "adecuación" consiste en exigir la experiencia general y específica, y la capacidad financiera del proponente que le permita garantizar a la entidad estatal que va a satisfacer a cabalidad la ejecución del objeto del contrato.

Desdentado asegura que las medidas que no permitan alcanzar el fin habrán de considerarse inadecuadas, y que, para nuestro caso, serían ineficaces las exigencias de capacidad financiera y experiencia general y específica que no otorguen las garantías suficientes a la entidad estatal de que se pueda cumplir con el objeto del contrato[274]. Si se está hablando de capacidad financiera sería inadmisible que no se exija por ejemplo suficiente capital de trabajo, de tal manera que si la entidad estatal paga tardíamente o no paga el valor del contrato, el contratista solicite la suspensión del contrato porque no tiene con qué pagar a sus empleados, pagar el alquiler de la maquinaria, si se trata de un contrato de obra, o adquirir los materiales hasta tanto la entidad estatal no le cancele el valor parcial del contrato si así fue pactada la forma de pago. O sería el caso de solicitar como requisito para presentar la

[274] Hipotéticamente se puede dar como ejemplo que el objeto del contrato sea la construcción de un puente vehicular, entonces la medida adecuada sería que la experiencia en obra sea sobre la construcción de puentes vehiculares, una medida inadecuada y desproporcional sería que la entidad estatal exiga experiencia en construcción de puentes peatonales.

oferta para la ejecución de un contrato de obra que sólo se acredite el título profesional de arquitecto o ingeniero civil, sin exigir un mínimo de experiencia[275] .

b. Principio de intervención mínima

Respecto del *principio de intervención mínima*[276] se señala que entre las diferentes medidas adecuadas para la consecución del fin, la Administración debe elegir aquella que sea menos lesiva para los intereses particulares o de la comunidad. En otras palabras, la Administración no tiene, en el contexto del ordenamiento jurídico, discrecionalidad para elegir cualquiera de las medidas que sean adecuadas, desde el punto de vista técnico-empírico. El ordenamiento jurídico no le permite a la Administración elegir cualquiera de las medidas consideradas eficaces o adecuadas, sino que está obligada a elegir la medida menos gravosa, es decir, aquella que produzca menos daños a los intereses de los particulares y/o a la comunidad. Por lo tanto, sólo será admisible en la medida en que ello "resulte imprescindible". Se reitera que la Administración está obligada a utilizar, entre todas las medidas adecuadas, aquellas que sean menos restrictivas para los derechos e intereses de los particulares o para otros intereses de la comunidad.

Continúa Desdentado señalando que para determinar cuál es la medida menos lesiva es necesario, en primer lugar, realizar una serie de operaciones como el "acopio de datos" que permita identificar los intereses en juego que deberán ser considerados al momento de tomar la decisión; en segundo lugar, la Administración debe "identificar las ventajas y desventajas" que se derivan de cada medida computando el coste económico y temporal, así como los efectos lesivos que produce sobre los diferentes intereses en juego. Posteriormente se requiere individualizar la medida menos lesiva lo que sólo es posible cuando se comparan los efectos que producen las diferentes medidas. Para realizar esta labor "se requiere atribuir un peso relativo a cada uno de los intereses y factores relevantes para la adopción de la

---

[275] Ante quien demandaba que no se exigiera capacidad financiera y experiencia para proteger el derecho al trabajo, en la Sentencia C-400 de 1999 la Corte Constitucional negó la inconstitucionalidad de la exigencia de experiencia y capacidad financiera justamente por considerar que es una garantía para el interés general.

[276] EVA DESDENTADO DAROCA. Ob. cit., pp. 164 a 169.

decisión". Una vez realizado lo anterior se debe ponderar para llegar al grado de lesividad y compararlo con los restantes. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, y una vez calificado el menos lesivo, es esa y no otra la alternativa que deberá tomar la Administración. Y concluye la autora[277]:

> En definitiva, el principio de proporcionalidad, en su versión de menor lesividad, determinaría que aunque, desde el punto de vista práctico, existiera una pluralidad de medios idóneos para la consecución del fin, la Administración sólo puede elegir válidamente aquel que globalmente considerado sea el menos lesivo. De esta forma parece que finalmente existiría siempre un único medio válido, que la Administración tendría la obligación de estudiar.

Agrega Desdentado que en determinados casos el principio de menos lesividad permite identificar una única medida como válida, para lo cual se apoya en Alexy[278]; en otros casos, el principio de intervención mínima podrá también exigir la exclusión de algunas de las medidas adecuadas para la consecución del fin, pero a pesar de esa exclusión pueden quedar diversas alternativas entre las que la Administración puede elegir. En esos términos, se concluye que la determinación de qué medida es menos lesiva requiere la realización de operaciones valorativas y comparativas que serán más complejas cuanto mayor sea el número de intereses en juego que resultan inevitablemente afectados, y por ello, es posible que entre las diferentes medidas cada uno presente unas ventajas y unos inconvenientes distintos. En esos casos la autora recomienda que se adopten previamente criterios valorativos y comparativos, y más concretamente requiere la atribución de un peso relativo a cada uno de los diversos factores en conflicto "atendiendo a una determinada concepción del *interés público*".

Ante la pregunta de si el ordenamiento establece una jerarquización de diferentes bienes jurídicos Desdentado responde señalando que el ordenamiento jurídico no proporciona una

---

[277] Ibíd., p. 166.

[278] ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 113, citado por EVA DESDENTADO DAROCA. *La discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, cit.

jerarquización y un criterio de ponderación, en tal caso *la atribución de pesos y la operación de ponderación no puede llevarse a cabo utilizando meros argumentos de principio y será necesario acudir a argumentos de política*, *esto es*, "*… a la determinación de qué es lo que produce mayor satisfacción general*" (cursiva fuera de texto); y continúa:

> El decantarse a favor de un determinado interés en detrimento de otros dependerá de los objetivos sociales que se consideren deseables para la satisfacción del interés público, con lo que, en definitiva, en la operación de atribución de peso y realización de ponderaciones se está llevando a cabo una concreción del interés público y una apreciación de qué es más conveniente para la satisfacción de ese interés público.

Por lo tanto Desdentado[279], apoyada en González-Cuéllar[280], concluye:

> En conclusión, sólo cuando el ordenamiento jurídico proporciona los argumentos de principio y de peso necesarios para realizar la escala de preferencias y los criterios de ponderación, corresponde su aplicación con carácter final a los tribunales, y la interpretación y aplicación realizada por la Administración podrá ser objeto de revisión y sustitución por los tribunales. Cuando, por el contrario, no es posible encontrar la respuesta en el ordenamiento jurídico y es, por tanto, preciso recurrir a argumentos de política, en el sentido de determinación de los que resulta más adecuado para la satisfacción del interés público, la decisión corresponde a la administración, que en dicha determinación actúa con discrecionalidad, con una discrecionalidad fuerte.
>
> La virtualidad de la máxima de la medida menos lesiva no es hacer desaparecer plenamente la discrecionalidad administrativa, sino precisar sus límites o contornos. El principio de la medida menos lesiva opera, efectivamente, como un importante factor limitador del ámbito en que se mueve la discrecionalidad administrativa, pero no permite erradicar plenamente la elección entre diferentes alternativas ni, por tanto, la discrecionalidad administrativa.

---

[279] EVA DESDENTADO DAROCA. Ob. cit., p. 169.

[280] N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pp. 315 y 316, citado por EVA DESDENTADO DAROCA. *La discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, cit.

Si pasamos por nuestro problema de investigación llegamos a la conclusión de que la competencia para determinar qué es lo más conveniente para el interés general en lo que a reglas de participación se refiere en la confección de pliegos de condiciones, le hallamos la razón a la autora, en cuanto la discrecionalidad administrativa es fuerte. Eso quiere decir que la Administración puede hacer un primer ejercicio para incluir reglas de participación que garanticen una eventual concurrencia al proceso de selección, y considerar en primera instancia las medidas adecuadas para proteger el interés general (aquellos proponentes que están en capacidad técnica de cumplir con el objeto del contrato), si durante la actuación administrativa, antes de recibir ofertas y por observaciones de los proponentes, demuestran que también tienen la idoneidad y experiencia para cumplir con el objeto del contrato; aquí la Administración, efectuando juicios de proporcionalidad, puede llegar a concluir que debe modificar los pliegos de condiciones para incluir estas nuevas medidas con el fin de favorecer la concurrencia.

c. El principio de proporcionalidad en estricto sentido

Luego Desdentado[281] aborda la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, y advierte que ella exige el examen del contenido de la medida elegida, aisladamente considerada, para examinar si los efectos negativos que produce sobre otros intereses guardan una relación razonable y proporcionada con la importancia del fin que satisface con dicha medida. Agrega que si en ese examen resulta que el sacrificio que implica para los restantes intereses es excesivo, la medida debe considerarse jurídicamente inadmisible aunque sea idónea y sea la menos lesiva. Por lo tanto, la adopción de una medida para la consecución de un fin no es aceptable si esa medida provoca daños a unos intereses particulares o de la comunidad no proporcionados con los beneficios que se derivan de la consecución del dicho fin.

[281] EVA DESDENTADO DAROCA. Ob. cit., pp. 169 a 170.

3. Reflexiones finales sobre el principio de proporcionalidad de Julian Rivers

a. Subprincipio de necesidad

En su estudio sobre el subprincipio "necesario" la doctrina[282] advierte que en el "Epílogo" a la *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy demuestra que la teoría de los principios es compatible con la discrecionalidad de las otras ramas del Gobierno, pero que dicha discrecionalidad no es ilimitada. Señala que la preocupación que señalan algunos doctrinantes respecto de la teoría de Alexy consiste en que la competencia institucional y el rol específico de la jurisdicción como defensor de los derechos fundamentales se vean amenazados por la posibilidad de justificar cualquier nivel de intervención legislativa de los derechos fundamentales con el fin de realizar otros intereses públicos. Para el doctrinante,

> … una teoría racional debería ser institucionalmente neutral y un ejemplo de la neutralidad puede ser hallada en la naturaleza de los intereses públicos que pueden justificar limitaciones a derechos, pues estos son presentados como principios o mandatos de optimización y sin embargo para este autor, no pueden serlo en el mismo sentido que son los derechos, en la medida en que los legisladores están en la obligación de optimizarlos no de perseguir su realización, en otras palabras, las Cortes nunca han considerado que los legisladores han buscado favorecer el interés público en la mayor medida de lo posible.

Agrega que los intereses públicos deben ser entendidos como permisos de optimización y los principios deben ser redefinidos como mandatos de optimización o permisos; y sólo los derechos fundamentales se corresponden con la definición de mandatos de optimización en estricto sentido. Para el autor esta modificación significa la adición de un elemento de diferenciación institucional en la teoría de los principios.

Para Rivers, entre las clasificaciones que propone Alexy está la discrecional estructural, entendida como una decisión a tomar entre las distintas opciones jurídicas posibles. Es en el

---

[282] JULIAN RIVERS. "Proporcionalidad, discrecionalidad y la segunda ley de ponderación, en GEORGE PAVLAKOS. *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, JORGE PORTOCARRERO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 229 a 254.

curso del "Epílogo" donde Alexy introduce la "segunda ley de ponderación" que se basa en un principio formal y determina quién debe tomar la decisiones en caso de duda epistémica. Recuerda que la primera ley de ponderación plantea que mientras más grave sea la intervención en los derechos fundamentales, más importantes deben ser los intereses públicos que la superen, y ello está implícito en la idea de los principios como mandatos de optimización. Se advierte que el problema radica en que a menudo se desconoce el nivel de realización del interés público, su base fáctica, así como la medición de los valores en juego. La duda que se establece debe ser resuelta en detrimento del legislador y a favor de los derechos fundamentales, así que entre más intensa la afectación del derecho fundamental, mayor la seguridad de las premisas que la sustentan.

Con respecto al test de necesidad señala que el sacrificio de los derechos fundamentales es inevitable si un fin en particular puede ser bien realizado de la misma manera pero considerando medios menos intrusivos, entonces el órgano encargado de tomar decisiones está en la obligación de elegir los medios menos intrusivos. El test de necesidad, por ejemplo, no excluye ningún nivel de realización de cualquier fin legitimado, de forma que aún concede tanta discreción como un legislador razonablemente podría desear. Por otra parte el test no requiere del análisis comparativo de los principios en conflicto, pues todo lo que requiere es graduar situaciones de regulación jurídica de acuerdo con si son más o menos restrictivas para un valor, pues el test de necesidad no exige ponderar principios en conflicto. Para ilustrar el test de necesidad se debe entender que la idea de necesidad no es otra que la de eficiencia u óptima de Pareto[283] aplicada a la realización de distintas intensidades de dos principios en

[283] Se refiere exclusivamente al grado máximo de eficiencia que puede ser alcanzado en la sociedad para la asignación, sin despilfarro, de los recursos escasos que dispone la sociedad. PARETO busca establecer cuándo una situación es más eficiente que la anterior y esto generalmente se da cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. El derecho contractual es una forma de alcanzar la eficiencia pues al celebrarse, por lo general ambas partes mejoran y ninguna empeora, con lo cual los contratos conducen a una situación más eficiente que la anterior. El "Óptimo de Pareto" establece que el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad; es una situación en donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de manera tan adecuada que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. En economía se dice que una situación es eficiente si

no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. [http://www.oxfordgroup.edu.pe/teoria-de-los-juegos-el-optimo-de-pareto-y-el-teorema-de-coase-oxford-group/], consultada el 17 de marzo de 2018. De acuerdo con MERCEDES CARRERAS, VILFREDO, PARETO no fue ajeno a las corrientes relacionadas con el reformismo social decimonónico donde el utilitarismo de origen benthamita ocupaba un lugar destacado, tanto que se considera la raíz de la moderna economía de bienestar. Para la autora la economía de bienestar es la rama de la economía que se ocupa de la deseabilidad social de distintos estados de la economía. Se trata de formular proposiciones donde se puedan ordenar de mejor a peor situaciones económicas alternativas. Desde sus comienzos la doctrinante nos recuerda que PARETO se interesó por la utilidad y su medida. Entiende que la ciencia económica se ocupa de determinadas nociones de útil y escaso. PARETO da una nueva orientación a la propuesta de FRANCIS EDGEWORTH proporcionando las bases de lo que sería la moderna teoría del comportamiento del consumidor, alcanzando dicho objetivo en el *Manual* mediante el uso de las curvas de indiferencia de EDGEWORTH (una curva de la indiferencia es la representación gráfica de las distintas combinaciones que se pueden realizar con las cantidades de dos bienes y que producen el mismo grado de satisfacción en el consumidor) que expresan aquellas combinaciones de bienes económicos que no tienen por qué alterar una decisión. Según PARETO las curvas constituían la representación empírica de las preferencia del consumidor, sin que fuera necesario medir la utilidad de esos bienes en términos cardinales. Bastaba con conocer la escala de preferencias individuales sobre una combinación determinada de bienes. Se aclara entonces que la nueva función de índice de utilidad expresaba si una determinada combinación de bienes ofrecía a un sujeto mayor utilidad que otra, pero no cuánta, permitiendo ordenarlas según les reportaran más o menos utilidad. Ello se representa mediante curvas de indiferencia que agrupan todas las combinaciones de bienes que resultan indiferentes al sujeto considerado, al ofrecerle una utilidad similar. Agrega la doctrinante que así el individuo maximizaba su utilidad, y suponía que ante la posibilidad de elegir varias alternativas, este sujeto actuaba en forma coherente de manera que si prefería A a B y B a C, también prefería A a C, y como no es posible medir una magnitud subjetiva y psicológica mediante una escala absoluta, se recurre a la descripción del comportamiento de cada consumidor individual en términos de ordenación de preferencias. Para PARETO el máximo de utilidad para una colectividad es el punto a partir del cual es imposible aumentar la utilidad de un individuo sin disminuir la utilidad de otro. Mientras no se alcance ese punto, es decir, mientras sea posible aumentar la utilidad de unos sin disminuir la de nadie, no se obtiene el óptimo y es racional seguir adelante. Este máximo de utilidad para una colectividad se trata de un criterio. El criterio de PARETO es una construcción rigurosa del fundamento de la teoría de la máxima eficiencia de la dirección de la economía o máxima ofelimidad (utilidad) para la sociedad. Para la autora, PARETO ideó un criterio de eficiencia, no un criterio de optimidad, pues para alcanzar la cota de máximo bienestar la sociedad debe funcionar de manera que la ofelimidad (utilidad) de algunos no pueda aumentar sin detrimento de la de otros Se puede sostener que el bienestar se ha alcanzado sólo si todos los miembros de la comunidad se benefician, por lo que una situación es eficiente cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición, sin

conflicto, para ello se dibuja un plano cartesiano con el grado de realización de Pi representado por los valores del eje *x* y el grado de realización de Pj representado por los valores del eje *y*. En esos términos no es posible tener niveles altos de realización para Pi y Pj, sin embargo se pueden evitar niveles bajos para los dos. Y estos, advierte el autor, tienen que ser enfrentados mutuamente, y como se espera de un gráfico de eficiencia, genera un curva convexa de naturaleza equivalente a $x^2 + y^2 = c^2$[284].

Para el doctrinante, el elemento normativo referido a la regla que establece que las limitaciones a un principio sólo son aceptables si son los medios menos intrusivos que permiten alcanzar un determinado nivel de realización en otro bien simplemente representa un grupo de situaciones eficientes de regulación, así que el gráfico debe poner en claro que la regla de necesidad no presupone una pérdida total de libertad de expresión (en el ejemplo que acoge) si ello supone alcanzar un determinado nivel de seguridad nacional (en el ejemplo que acoge) o viceversa.

b. El subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido

Igualmente señala la doctrina[285] que el nivel final de proporcionalidad (proporcionalidad en estricto sentido) exige que un principio sea optimizado con relación a otro, lo cual significa que sus costes deben ser adecuadamente compensados por las ganancias del otro. La ponderación entonces admite un rango de opciones posibles, es decir, aquellas en las cuales los costes para un principio son compensados por la ganancia en otro. Agrega que la línea de las subsunciones de principios que sean aceptables puede ser representada por una curva de

---

que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya. Cfr. MERCEDES CARRERAS. "El Óptimo de Pareto frente al utilitarismo", disponible en [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/5618/pg_129-141_telos1-2.pdf?sequence=1], consultada el 18 de marzo de 2018.

[284] Esta es la ecuación del círculo y a su vez la regla de Pitágoras. El triángulo rectángulo tiene un ángulo recto, es decir de 90.º, su lado más grande recibe el nombre de hipotenusa y los otros dos se denominan catetos. El Teorema de Pitágoras en un triángulo rectángulo, donde el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos. $A^2 = b^2 + c^2$, disponible en [https://www.um.es/docencia/pherrero/mathis/pitagoras/teorema.htm], consultadada el 18 de marzo de 2018.

[285] Julian Rivers. *Proporcionalidad*, *discrecionalidad y la segunda ley de ponderación*, cit., pp. 235 a 241.

indiferencia que va mediante un grupo de situaciones de regulación jurídica en las cuales el grado de realización de un principio es inversamente proporcional al grado de realización del otro. Lo anterior se expresa con la frase "la ponderación exige que el grado de satisfacción de un principio sea directamente proporcional al grado de afectación del otro".

Entonces este autor propone que el test de ponderación pueda ser representado gráficamente en el mismo plano cartesiano en forma de curva de indiferencia. La curva representa un grupo de estado de cosas en las cuales los costes para un principio (o su falta de realización) son aceptables debido a la compensación producida por la ganancia del otro principio.

Matemáticamente esto puede ser expresado mediante la fórmula $xy = c^2$. Agrega el autor que el hecho de que la curva se aproxime hacia el infinito a causa de los valores muy bajos de cualquiera de los principios, expresa la idea de que mientras más se afecte a un principio de la misma manera deberá incrementarse proporcionalmente la justificación.

Continúa nuestro doctrinante argumentando que es importante identificar que las curvas de necesidad sean convexas (eficientes) mientras que las de ponderación deben ser cóncavas (indiferentes). Indica también que el significado de ello es que las situaciones de regulación jurídica que buscan alcanzar niveles moderados deberían ser en un principio ponderadas respecto de algún otro principio en conflicto, en la medida en que ese otro principio es limitado en la menor medida posible para alcanzar el nivel moderado de realización del primer principio. En el ejemplo que utiliza el autor las restricciones a la libertad de expresión probablemente no incrementarían el nivel de seguridad nacional.

Para Rivers la doctrina de la proporcionalidad requiere comparar estos dos grupos de situaciones de regulación jurídica. El primer grupo es eficiente en el sentido del óptimo de Pareto y representa la menor intrusión posible en un principio ante una amplia serie de realizaciones de otro. El segundo grupo representa el valor relativo de dos principios a lo largo de una curva de indiferencia, lo que asegura que el producto sea constante. Por ello dice el autor que la discrecionalidad referida a las directrices políticas aparece cuando las directrices potenciales satisfacen ambos test; en otras palabras, aparece en los puntos de la curva de necesidad y sobre la curva de ponderación. La clave para la discrecionalidad referida a directrices políticas reside en la correspondencia entre las dos curvas. Existen tres

posibilidades en la relación entre las dos situaciones de regulación jurídica: la primera consiste en que la curva de la indiferencia se ubique completamente sobre la curva de eficiencia y ello expresa la idea de que no es normativamente aceptable una posible satisfacción de ambos principios. Solo una posición utópica busca realizar cada valor en la mayor medida posible; la segunda posibilidad consiste en que la curva de indiferencia se ubique totalmente por debajo de la curva de eficiencia. Aquí se refiere a que casi toda solución ponderativa es posible y el autor lo denomina la posición pragmática que afirma que la realización de cada valor debe ser posible, cueste lo que cueste, en tanto dicha realización cueste lo menos posible, y la tercera posibilidad se da cuando las dos curvas se intersectan. Aquí existen dos sub-posibilidades: una es aquella donde la intersección se produce solamente en el punto en que las curvas son tangenciales la una a la otra lo que se corresponde con la tesis de la única respuesta correcta, es decir, que sólo existe una única situación de regulación jurídica que es simultáneamente el medio menos intrusivo para alcanzar un determinado fin, y que a la vez representa una correcta ponderación de los principios en conflicto; la otra es aquella donde existen dos puntos de intersección, en cuyo caso las opciones a disposición de quien toma la decisión se ubican a lo largo de la línea de la necesidad entre los dos puntos de intersección.

La idea de que la curva de indiferencia es relativamente ajustable a la curva de necesidad puede ser expresada al introducir otra variable en la ecuación, lo que, en consecuencia, sería $xy = nc^2$. Al ajustar el valor de n se puede mover la curva de la indiferencia hacia una curva de eficiencia $x^2 + y^2 = c^2$. En esos términos $N > 0,5$ significa la posición utópica en donde prescindir de la realización de un evento es aceptable, y $N = 0,5$ representa el enfoque de la única respuesta correcta.

4. Primera casuística en procesos de selección por licitación pública sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy

Para explicar la colisión de principios[286] tomaremos el ejemplo propuesto por Robert Alexy pero aplicado a un caso colombiano para validarlo con una sentencia donde la Corte Constitucional[287] revisó una tutela interpuesta por un interesado en presentar propuesta en la licitación pública n.º 001 de 1995 abierta por el Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización de Pereira (INDUVAL), la cual estableció la siguiente regla de participación en el numeral 2.19.2.1.l:

> Se dará un puntaje equivalente a dos (2) puntos a aquellos proponentes, sean personas naturales o jurídicas, cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el municipio de Pereira, con un mínimo de seis (6) meses anteriores a la apertura de (*sic*) licitación. Para efectos (*sic*) las personas naturales demostrarán tal condición mediante certificado de vecindad expedido por la Secretaría de Gobierno del municipio de Pereira y las personas jurídicas mediante certificado de Cámara de Comercio.
>
> Los proponentes que no acrediten lo referido tendrán un puntaje de cero puntos en este numeral (l). En consorcios o uniones temporales el representante legal debe acreditar residencia de acuerdo a lo referido para obtener puntaje.

La firma Diseños y Construcciones Ltda., oriundos de la ciudad de Manizales y residentes en la misma, decidieron conformar el Consorcio DYC-Castañeda con el fin de licitar y contratar con el INDUVAL de Pereira las obras objeto de la Licitación Pública n.º 001 de 1995, y se designó como representante legal al Ingeniero Carlos Eduardo Robledo Gómez, el cual dirigió la siguiente petición a la entidad contratante:

> Eliminar el otorgamiento de dos (2) puntos para los proponentes residentes en el municipio de Pereira, porque se está limitando la oportunidad de trabajo a los ciudadanos colombianos

---

[286] ROBERT ALEXY. Ob. cit., pp. 90 a 94.

[287] Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

> en su territorio, otorgando a algunos proponentes ventajas que no están contempladas en la Constitución colombiana.

A pesar de lo anterior el director del INDUVAL respondió al representante legal del Consorcio DYC-Castañeda, en los siguientes términos:

> […]
>
> Ahora bien, lo que se pretende con los dos puntos que se otorgarán a los oferentes que residan en el municipio de Pereira, no es otra cosa que aceptar las recomendaciones de la Asociación de Ingenieros del Risaralda (A.I.R.), que ha visto cómo en otras ciudades se ha tratado en forma abiertamente discriminatoria a los ingenieros de Pereira, estableciendo requisitos que no son objetivos y que sólo pretenden eliminar de entrada a los ofertantes de Pereira. *Igualmente pretendemos incentivar de alguna manera a la ingeniería de la ciudad que paga impuestos*, *genera empleo y de alguna manera aporta al desarrollo del municipio*, sin que, como se dijo antes, tal estímulo se convierta en una discriminación que impida el concurso de personas naturales o jurídicas de otras ciudades en la licitación de marras.

Derivado de la negativa los ingenieros interpusieron una acción de tutela, en cuya revisión la Corte Constitucional consideró que "el factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública", hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación; en esos términos, el objetivo que perseguía la medida era "afectar la libre competencia entre los proponentes", otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. Agregó la Corte que "la relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos", superior del que se produciría en el evento de que un proponente no residenciado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial este último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. Pero, adicionalmente, "no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo".

Y concluyó que no está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo fuera mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no era indispensable. En cambio, lo que sí era evidente es que se violaban y restringían la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) y la libre competencia (art. 333 C.P.), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justificara. Agregó que la ordenación y gestión de las actividades económicas, dentro de sus competencias, no es ajena a las entidades territoriales, pero la pluralidad de competencias no puede ser disfuncional ni desintegradora del espacio económico nacional sobre el cual inciden las autoridades centrales y debe "… en todo caso, conservar la igualdad entre las personas y garantizar el libre ejercicio de sus derechos, deberes y libertades constitucionales". Y finalizó su argumentación en los siguientes términos:

> El estatuto general de contratación pública, adoptado por la ley, sin perjuicio de las particularidades locales, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, *erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado* en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial encuentra un límite insuperable (cursiva fuera de texto).

a. Juicio integrado de igualdad

En primer lugar abordaremos un juicio integrado de igualdad antes de pasar a aplicar el test de proporcionalidad. De acuerdo con lo expuesto, la posición de la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada tiene como tema central la protección del principio general de igualdad, lo que implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y el derecho de igualdad como derecho subjetivo que se concreta con deberes de abstención tales como la prohibición de la discriminación, y en el entendido de que esos deberes están a cargo de la autoridad ello incluiría a la Administración Pública.

Para la Corte la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el discriminatorio, como aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En el caso concreto se trata de evaluar el cuestionamiento que se le hace a la Administración de regular en las reglas de participación los criterios de ponderación para favorecer a unos proponentes respecto de otros al otorgarles dos puntos por estar residenciados o haber permanecido los últimos seis meses en el municipio de Pereira, y se convierte en un fin constitucionalmente válido por cuanto el argumento del municipio es la protección de la industria local.

Para la Corte se trata de la necesidad de aplicar tres etapas para verificar el concepto de igualdad:

a) Se debe establecer cuál es el criterio de comparación para determinar si los sujetos son susceptibles de ser comparados porque se trata de la misma naturaleza, en este caso de la ejecución de una obra, por lo que se debe revisar si todos los proponentes que tienen su residencia o han permanecido en el municipio de Pereira, y todos aquellos que no tienen su residencia y han permanecido en el municipio de Pereira, tienen la capacidad para ejecutar el objeto del contrato. Como lo planteó la Corte Constitucional, en este caso la residencia no tiene ninguna relación con la obra pública, por lo que unos y otros (tanto los que tienen residencia como los que han permanecido en el municipio de Pereira) se consideran con las capacidades técnicas, económicas y financieras para garantizar el cumplimiento del contrato, y por lo mismo son susceptibles de ser comparados.

b) Se debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales o entre diferentes. En el presente caso se presenta un tratamiento desigual entre diferentes, es decir, entre los empresarios residenciados o que han permanecido los últimos seis meses en la ciudad de Pereira y los demás que no ostentan dicha condición.

c) Se debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en igual forma. El tratamiento distinto está justificado si lo observamos desde la perspectiva de la protección a la industria local, por cuanto la única manera para favorecer a la industria del municipio de Pereira desde el proceso de contratación es otorgarle unos puntos de privilegio por tener su sede o haber permanecido los últimos seis meses en

dicho municipio. Sin embargo, como lo considera la Corte Constitucional, se debe observar desde el objeto del contrato que es para la ejecución de una obra pública, y allí la Corte Constitucional indica que la residencia no tenía ninguna relación con la ejecución de la obra, que sería el propósito del interés general que debe perseguir el municipio al ordenar abrir la licitación pública.

Señala la Corte que el trato igual no requiere justificación, *a contrario sensu*, el trato desigual exige una mayor carga de argumentación pues una medida puede generar un trato distinto que no obedece a razones constitucionalmente válidas, y la medida que tenía un supuesto del derecho de igualdad pasa a convertirse en un acto discriminatorio, por lo tanto si la medida es discriminatoria debe justificarse. En este caso cuando la Corte Constitucional indagó acerca de las razones para otorgar esos puntos de privilegio, encontró que el municipio justificó la medida en cuanto le permitía la protección de la industria local, y si bien ese propósito es constitucionalmente válido, se debe revisar hasta dónde dicha protección de la industria local tiene una relación directa con los requisitos de calidad que debe ofrecer el licitante, y en esa perspectiva en razón con su oferta, el hecho de que sea residenciado o haya permanecido los últimos seis meses, en nada aporta a una mejor calidad de la obra.

En conclusión, se trata de la diferencia de trato que puede ser generada por la propia Administración Pública cuando se otorga un privilegio a uno de los actores del mercado (los residenciados o que han permanecido los últimos seis meses en el municipio de Pereira) dejando por fuera otros, y en este caso se trata de establecer las razones que justifican la exclusión que hace la entidad estatal de unos sujetos que eventualmente podrían presentar un ofrecimiento al Estado para ejecutar el objeto de un contrato que está anunciado a través de una licitación pública. Partiendo de la identificación del problema jurídico reconocido por la Corte en la jurisprudencia, y en el entendido de que se trata de proponentes que están en capacidad técnica, financiera y legal para cumplir con el objeto del contrato, frente al comportamiento de la Administración Pública se debe examinar si el trato diferenciado por unos pliegos de condiciones donde se regulan una reglas de participación es proporcional y razonable en virtud de que entran en juego derechos o principios constitucionales, como la libre competencia económica (art. 333 C.P.), ya que se trata de la exclusión de unos empresarios que no están residenciados o no han permanecido los últimos seis meses en el

municipio de Pereira. Entonces, hablamos del juicio integrado de igualdad, en tanto que el trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, que para nuestro caso no es propiamente la industria local sino la ejecución de una obra pública.

Se propone un test de igualdad que lo podemos correr en el campo de la contratación pública, en donde en la acepción del principio de "igualdad de trato" se desprenden dos normas que vinculan a la Administración: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato sobre supuestos de hecho equivalentes siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y por otra parte el principio de igualdad que comprende el mandamiento desigual que obliga a la Administración a diferenciar situaciones diferentes. Y así la Corte lo descompone en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 C.P., con el propósito de proteger a los titulares de este derecho fundamente frente a comportamientos de las autoridades que sean discriminatorios que carecen de justificación, tantas veces mencionado en el presente trabajo:

i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común;

(iii) *un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias*, *pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias*, y

iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

En este caso el objeto es un contrato de obra, por lo tanto la entidad estatal para garantizar el cumplimiento del contrato va a privilegiar con dos puntos a aquellos proponentes que estén residenciados o hayan permanecido los últimos seis en el municipio de Pereira. Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a realizar un test de proporcionalidad ya que el municipio de Pereira está poniendo en

situación de privilegio sólo aquellos proponentes que cumplan con la condición de residencia o que hayan permanecido seis meses en el municipio, pero poniendo en desventaja a otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer la garantía de tener las capacidades técnicas, financieras y legales para cumplir con el objeto del contrato pero que al no cumplir con la regla de residencia en el municipio participan en desigualdad de condiciones. Si bien son proponentes diferentes, uno está residenciado o ha permanecido en los últimos seis meses en el municipio de Pereira y los otros no tienen ninguna relación con el municipio, pero los dos tienen en común que pueden ejecutar el objeto del contrato de obra.

Para nuestro caso en particular consideramos que el test de igualdad pasa por la subregla del mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes a pesar de las diferencias.

Cuando hay interesados que están en igualdad de oportunidades y por ello se les debe garantizar el mismo trato, la Corte Constitucional indica que el paso siguiente es determinar la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto– sobre el trato diferenciado.

b. Que la medida sea adecuada y, por lo tanto, que constituya un fin constitucionalmente válido

La primera regla denominada subprincipio de *idoneidad* (o *adecuación*), consiste en que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser *idónea* para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. En este caso se trata de verificar si otorgar dos puntos a aquellos licitantes que tienen su residencia o han permanecido los últimos seis meses en el municipio de Pereira es idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo como es fortalecer la ingeniería del municipio de Pereira, contribuir al pago de impuestos y generar empleo. Esta fue la respuesta del municipio cuando se le cuestionó acerca de sus motivaciones. Sin embargo, cuando la Corte Constitucional estudió el caso llegó a la conclusión de que el fortalecimiento de la ingeniería local o del municipio de Pereira no tenía ninguna relación con la ejecución de la obra. Por lo tanto, para la Corte Constitucional el fin

constitucionalmente válido es el cumplimiento del objeto del contrato y no la protección de la industria local.

Lo primero que tenemos que analizar es si un "fin constitucionalmente legítimo" perseguido por el municipio de Pereira, en este caso fortalecer su ingeniería, contribuye al pago de impuestos y a generar empleo es realmente lo que se debe cumplir en la licitación que ordenó su apertura, para lo cual debemos anticiparnos a señalar que en nuestro criterio lo sería si para el municipio fuera un "fin constitucionalmente legítimo"; pero para la Corte Constitucional este fin constitucionalmente válido no tiene relación con el objeto del contrato, no tiene ninguna incidencia en la ejecución de la obra pública: "contratación de las obras civiles para la apertura, construcción, pavimentación y obras complementarias de la segunda calzada de la Avenida Sur, en el tramo comprendido entre la Unidad Residencial 'Los Cedros'". El objeto del contrato es el que determina qué medidas se requieren para seleccionar al contratista y garantizarle al municipio de Pereira su cumplimiento. La medida que tomó el municipio de Pereira, entre otras, que se le otorgan dos puntos a aquel proponente que tenga su residencia o haya permanecido los últimos seis meses en la ciudad, no tiene ninguna relación con la calidad que pueda ofrecer para garantizar la ejecución de la obra.

La medida que se analiza, asignación de dos puntos a aquellos proponentes que sean personas naturales o jurídicas cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el municipio no parece ser una medida razonable para el objetivo propuesto por el Estado que es construir una obra pública, aunque sí puede tener una relación con la protección de la industria local y con ello generar empleo En otras palabras, que un proponente tenga su residencia o haya permanecido los últimos seis meses en el lugar de ejecución de la obra puede ser una medida idónea para proteger la industria local y con ello generar empleo, pero no tienen ninguna relación con la ejecución de la obra por cuanto no existe correspondencia alguna entre las capacidades técnicas de quien va a ejecutar una obra pública y su lugar de nacimiento.

Por lo tanto, el modelo de test de proporcionalidad se debe iniciar desde la medida de idoneidad. Cuando se interroga a las autoridades del municipio respecto de las razones que motivaron la elaboración de la medida, la respuesta "Igualmente pretendemos incentivar de alguna manera a la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y de alguna

manera aporta al desarrollo del municipio", es una medida que puede estar justificada constitucionalmente hablando desde la protección a la ingeniería del municipio de Pereira.

Los criterios para seleccionar al contratista para la época que se surtió el proceso están en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que a su letra establecía:

> Artículo 29. 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 el 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. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.
>
> El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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 caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización,

Como vemos no es que la Administración Pública tenga una amplia libertad para elaborar pliegos de condiciones, sino que está supeditada a los presupuestos impuestos por el legislador, quien para adjudicar la propuesta técnica y económica debe medir criterios como cumplimiento, experiencia, organización, equipos y plazo; y no parece que el fortalecimiento a la industria local forme parte de los criterios para adjudicar la propuesta técnica y económica, con lo cual consideramos que la medida no es idónea para cumplir un fin

constitucionalmente válido, esto es, la asignación de dos puntos a aquellos proponentes que sean personas naturales o jurídicas cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el municipio, para ejecutar unas obras civiles para la apertura, construcción, pavimentación y obras complementarias de la segunda calzada de la Avenida Sur, en el tramo comprendido entre la Unidad Residencial "Los Cedros". Al no ser idónea la medida, se considera desproporcional y no se hace necesario pasar a los otros subprincipios del test de proporcionalidad.

A continuación se analiza la Sentencia de la Corte y su argumentación, pasando en primer lugar a señalar que la protección de la industria local contiene una finalidad plausible y es constitucionalmente válida, pero la medida debe ser ponderada a la luz del artículo 13 de la Constitución y concluye que sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en el origen nacional o de residencia podrían desvirtuar la inconstitucionalidad de la medida, así que el factor residencia no tiene ninguna relación con la obra y por ello la medida terminó afectando la libre competencia entre proponentes (art. 333 C.P.) y la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.), otorgando una ventaja a los constructores locales, demostrándose así que la barrera impuesta no otorga un mayor recaudo de impuestos superior a la adjudicación del no residenciado, agregando que la generación de empleo se da indistintamente con la firma que la lleve a cabo.

Si bien en la sentencia no queda establecido explícitamente el subprincipio aplicado, se puede colegir que en las consideraciones de la Corte quedó establecido que la medida no tenía ninguna relación con la ejecución de la obra y ello se traduce en que no era idónea como fue nuestra conclusión.

El subprincipio de idoneidad (o adecuación) supone que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Se trata de un proceso de licitación pública para la adjudicación de una obra pública para lo cual se le asignaron dos puntos a aquellos proponentes, personas naturales o jurídicas, cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el municipio donde se ordenó la licitación con un mínimo de seis meses anteriores a la apertura de la licitación. Las razones que aduce el

municipio para generar este puntaje de privilegio es incentivar la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y de alguna manera aporta al desarrollo del municipio.

Se le impone a la administración la elección del medio idóneo y eso significa que entre la medida y el fin, y entre la medida y los hechos determinantes, en otras palabras, entre los hechos determinantes y el contenido de la decisión administrativa debe existir una necesaria relación de congruencia. El efecto contrario es que si las medidas no permiten alcanzar el fin se consideran inadecuadas.

Se trata de verificar los hechos determinantes: incentivar la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y de alguna manera aporta al desarrollo del municipio.

Contenido de la decisión administrativa. Otorga dos puntos a aquellos proponentes, sean personas naturales o jurídicas, cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el municipio donde se ordenó la licitación con un mínimo de seis meses anteriores a la apertura de la licitación.

Relación de coherencia. La asignación de los dos puntos pone en situación de privilegio a los residentes del municipio. O sea, la medida sí es eficiente para favorecer a este limitado espectro de constructores quienes tendrían una ventaja.

Se puede considerar que es válida la justificación en la medida que hoy existe una norma que regula un privilegio para un sector de la economía denominado Mipymes y con un trámite especial para que sólo puedan participar en procesos de selección siempre y cuando se den los presupuestos legales, y es el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011:

> Artículo 32. *Promoción del desarrollo en la contratación pública*. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:
>
> "Artículo 12. Promoción del desarrollo en la Contratación Pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la

Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

Parágrafo 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

Parágrafo 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

Parágrafo 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen".

Es de destacar que el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 fue demandado y en la Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008 la Corte Constitucional resolvió su constitucionalidad. Entre los considerandos la Corte revisó la exposición de motivos y encontró que el objetivo de la

medida “fue promover la contratación de pequeñas y medianas empresas para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo”.

La doctrina que vincula el principio de proporcionalidad al campo del derecho administrativo sostiene que el acto jurídico impugnado debe ser un medio coherente con el fin perseguido y por lo tanto su adopción debe permitir alcanzar el objetivo. Advierte que lo primero que cabe destacar del test de adecuación es que consiste en una apreciación taxativa respecto de la eficacia absoluta de la medida para conseguir un resultado. Este tipo de juicio, concluye, se caracteriza por que se trata de un control de manifiesta desproporción. Agrega que el juicio de adecuación es un principio jurídico con un contenido normativo preciso, pero resulta inevitable indagar en la valoración de los hechos que lo sustentan, es decir, esta máxima está ligada a los hechos que circundan la medida administrativa impugnada.

Los hechos que circundan la medida administrativa: en el caso concreto entre las razones que aduce el municipio para generar este puntaje de privilegio está incentivar la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y de alguna manera aporta al desarrollo del municipio. Por lo tanto, la medida es adecuada por cuanto persigue un fin constitucionalmente legítimo, como es el fomento de la industria local, sin embargo en relación con el cumplimiento del contrato, allí la medida resulta irrelevante, no es válida, por cuanto, como lo indicó la Corte Constitucional cuando concluyó respecto de la vulneración del derecho de igualdad (art. 13 C.P.) y libre competencia económica (art. 333 C.P.), la medida de otorgar dos puntos a aquellos proponentes que sean residentes o hayan permanecido los últimos seis meses no tiene ninguna relación con la ejecución de la obra, por lo que la medida se vuelve inadecuada respecto del objeto del contrato y se tiene que declarar su desproporcionalidad.

Finalmente, consideramos que la discrecionalidad del poder legislativo sigue siendo fuerte por cuanto en su artículo 12 la Ley 1150 de 2007 consagró una condición de privilegio para el sector de la economía denominado Mipymes regulando una contratación exclusiva, donde la sola motivación del legislador fue suficiente para considerar la constitucionalidad del privilegio, en tanto frente a una situación similar donde una entidad estatal trata de conceder un privilegio para su industria local, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la medida por no tener relación directa con el cumplimiento del objeto del contrato por violación del artículo 13 y 333 de la Constitución. En este caso encontramos una discrecionalidad intermedia, donde

la Administración Pública tiene una discrecionalidad menos fuerte que la del Congreso de la República, coincidiendo con los resultados de la presente investigación.

5. Segunda casuística en procesos de selección por licitación sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy

Tomaremos como referencia un caso con el cual se comprueba el modelo de ejemplo sobre el subprincipio propuesto por Robert Alexy:

El municipio de Paz de Ariporo (Casanare) ordenó la apertura de la licitación n.º PZA-LP-004-2011[288] cuyo objeto es la "Construcción del Centro de Convivencia Ciudadana del municipio de Paz de Ariporo-Casanare". La licitación sólo tuvo dos proponentes y se solicitó la siguiente experiencia:

> […] 5.4.7.2. *Verificación de la experiencia general acreditada del proponente*.
>
> Deberá diligenciarse totalmente el Formato n.º 5, en el cual se consignará la información sobre la experiencia del proponente en contratos de obra pública y/o privada cuyo objeto o el alcance del objeto haya contemplado la Construcción Edificaciones; suscritos con el municipio de Paz de Ariporo o con otras entidades públicas y/o privadas dentro de los *últimos tres (3) años contados a partir de la fecha límite de presentación de propuestas*, incluyendo solamente los contratos suscritos, terminados y liquidados en dicho periodo y suministrando la siguiente documentación de soporte de la información solicitada:
>
> Certificaciones y/o copias de contratos acompañados por el acta de liquidación final de contratos ejecutados:
>
> Las certificaciones y/o copias de contratos acompañados por el acta de liquidación final deben ser expedidas por el funcionario o autoridad competente de la respectiva entidad pública con la que haya celebrado contratos suscritos dentro de *los últimos tres (3) años contados a partir de la fecha límite de presentación de propuestas* y que hayan sido ejecutados a satisfacción de la entidad contratante.

---

[288] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=11-1-64082].

> Para tal efecto deberá aportar como máximo certificaciones y/o copias de contratos acompañados por el acta de liquidación final de experiencia, de tres (3) contratos de tres (3) proyectos diferentes, cuya sumatoria sea igual o superior a *cinco veces el presupuesto oficial (5PO)* asignado para la obra pública materia de la presente convocatoria.
>
> …

En la etapa de observaciones al proyecto de pliego de condiciones se presentó la siguiente observación:

> […]
>
> Hecha la anterior consideración, y dado que las condiciones técnicas y económicas del proyecto que se adelanta en la presente licitación corresponden al *mismo proyecto* de la precitada licitación del 2010; notamos que, injustificadamente la Administración Municipal en los numerales 5.4.7.2 y 5.4.7.2.1 de los pliegos de condiciones, introdujo modificaciones relevantes, en cuanto a la acreditación de la Experiencia *específica del proponente*, con las que notoriamente y sin ningún soporte legal vulneran dos de los principios rectores de la contratación pública, como son el de la libre concurrencia y el igualdad de oferentes.

A su turno, la entidad, como ya lo indicamos, estableció condiciones restrictivas en los proyectos de pliegos de condiciones de la presente licitación, con las que se está limitando el acceso de oferentes a la misma, puntualmente en las siguientes cláusulas:

> […] B. *En el inciso 1.º del numeral 5.4.7.2*, *se limita con la validación de contratos que se hayan ejecutado sólo dentro de los últimos tres (3) años contados a partir de la fecha límite de presentación de propuestas y*, *seguidamente*, *en el inciso 4°*, *estableciendo que en tres contratos ejecutados en los últimos tres años se acredite que la sumatoria de éstos sea igual o superior a cinco veces el presupuesto oficial (5PO) asignado para la obra pública materia de la presente convocatoria*.
>
> […]
>
> En este orden de ideas, si comparamos las exigencias de este nuevo proyecto de pliego de condiciones con respecto a aquellas exigidas en el proceso de selección adelantado en la

anterior vigencia, nos preguntamos: ¿Cual es el criterio técnico y legal según el cual a la Entidad ya no le sirven contratos ejecutados en los últimos cinco años, y ahora sólo permiten la presentación de contratos ejecutados en los últimos tres años? En ese mismo sentido, ¿Por qué durante la vigencia 2010 era suficiente acreditar una experiencia igual al presupuesto oficial, y en la vigencia 2011 se exige acreditar una experiencia cinco veces mayor, además de exigir el cumplimiento de condiciones tan particulares como que uno de los contratos tenga un valor superior a tres (03) veces el presupuesto oficial? Es evidente que la Entidad, en uso de la Autonomía que tiene al momento de confeccionar los pliegos de condiciones, no está aplicando criterios uniformes y tendientes a la Selección Objetiva de los oferentes, teniendo en cuenta los requisitos exigidos en el anterior proceso.

[…]

Así las cosas, señores Administración municipal, quisiéramos que analicen detenidamente nuestras observaciones y justifiquen el por qué si se trata de la misma obra, ahora pretenden con los nuevos pliegos de condiciones modificar relevantemente las condiciones de experiencia específica del proponente. Y si al encontrarse procedentes, con la apertura y publicación de los pliegos de condiciones definitivos, se establezcan las mismas condiciones de experiencia específica que soportaban el proceso Licitación Pública n.º pza-LP-002-2010. (cursiva fuera de texto).

A la anterior observación dio respuesta el municipio en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo planteado en esta observación, nos permitimos hacer varias precisiones para llegar a la conclusión de no acoger las observaciones propuestas, así:

1. Sea lo primero advertir, que la administración inició un nuevo proceso de contratación, en el que para nada se obliga a mantener las condiciones del pliego anterior, el único derrotero a seguir es el convenio con el ministerio del interior y de justicia y los estudios previos; razón por la cual nos encontramos frente a una nueva licitación pública en la que dado el fracaso de la anterior y la gran cantidad de escritos y requerimientos de los proponentes a los organismos de control y del ministerio del interior y de justicia; se consideró ser más exigentes en las condiciones de experiencia, pero además, los últimos acontecimientos nacionales, específicamente los sucedidos en Bogotá dan una alerta seria

de tener muy en cuenta el presente de los proponentes que quieran participar; así las cosas, *lo que se ha querido es proteger aún más el erario público*[289].

[…]

Así las cosas, bueno es advertir que cada proceso es un universo aparte, con condiciones y especificaciones técnicas diferentes que implican análisis y decisiones particulares, por eso la administración está colocando las condiciones desde el comienzo del proceso, garantizando la libre concurrencia y la igualdad de oferentes, nuestro soporte legal son las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y decreto 2474 de 2008, normatividad esta que sirve de fundamento para todo el proceso contractual que se adelanta; ahora bien la mismas normas transcritas prevén diferentes tipos de conformación con el fin de presentar una propuesta, precisamente para el caso de aquellos que en principio no cumplen, mediante la figura de un consorcio o unión temporal lo pueden hacer (cursiva fuera de texto).

a. Principio de adecuación. Fin constitucionalmente válido

Como plantean Robert Alexy y Carlos Bernal, el principio de proporcionalidad tiene un primer subprincipio denominado subprincipio de *idoneidad* (o *adecuación*), que consiste en que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser *idónea* para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Para el caso que nos ocupa se trata de una entidad estatal que, para garantizar el "interés general" y en cumplimiento de sus fines, decidió contratar la construcción de un Centro de Convivencia Ciudadana, que sería la obra con la cual se contribuiría a alcanzar un fin

---

[289] Se demanda el artículo 72 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, que consagraba de manera excepcional contratar directamente "cuando prime el interés general" la asignación de bandas de frecuencia restringiendo la pluralidad de interesados de dichas frecuencias. La Corte Constitucional considera que la ambigüedad de la causal "permite su utilización ante cualquier circunstancia, convirtiendo la excepción en regla, aumentando el riesgo de concentración de los medios de comunicaciones en manos de pocos particulares o la ocurrencia de prácticas monopolísticas". Por lo tanto, una respuesta como la dada por el municipio se convierte en una respuesta ambigua que genera sospecha de una medida arbitraria. Corte Constitucional. Sentencia C-403 del 27 de mayo de 2010, M. P.: María Victoria Calle Correa.

constitucionalmente legítimo. Para efectos de garantizar dicho fin la entidad estatal propuso experiencia en obra y, así mismo, proteger el "erario público":

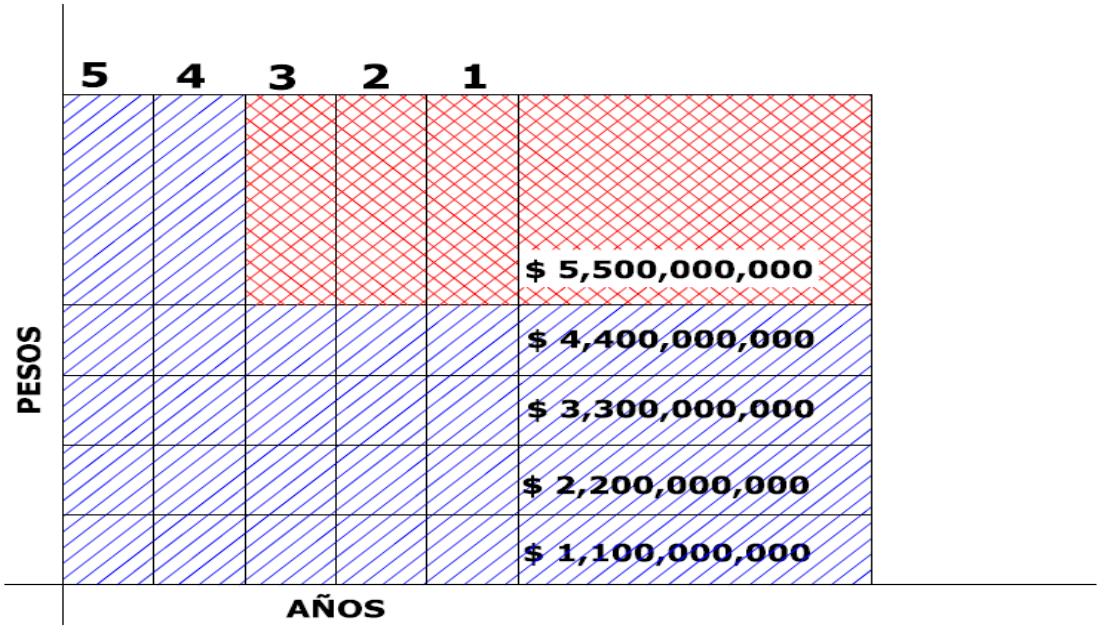
> *Experiencia general*: contratos de obra pública o privada. Objeto construcción de edificaciones dentro de los últimos tres años cinco veces el presupuesto oficial.

Esta experiencia recibió un cuestionamiento de un interesado quien a través de una observación le indicó a la entidad que un proceso de iguales características, y que fue declarado desierto contenía una solicitud de experiencia de obra diferencial y solicitó la justificación del cambio, con lo cual creemos que su intención era que se modificara la experiencia como el proceso original y que consistía en experiencia en obras iguales o similares una (1) vez el presupuesto oficial ejecutadas en los últimos cinco (5) años.

Gráfica 1

Dos solicitudes de experiencia en obra

(propuesta de la entidad estatal y propuesta de un interesado)



Rojo: M1: *Medida*. Acto administrativo de carácter general. Pliego de Condiciones. Regla de participación. Requisito mínimo habitante. Experiencia exigida por el municipio:

Experiencia general: contratos de obra pública o privada. Objeto: construcción de edificaciones dentro de los últimos tres años cinco veces el presupuesto oficial.

Azul: M2: Derecho de petición. Solicitud de Observaciones. Requerimiento de un ciudadano para que se modifique la experiencia:
Experiencia general: contratos de obra pública o privada. Objeto: construcción de edificaciones dentro de los últimos cinco años una vez el presupuesto oficial.

Vemos que técnicamente tanto la experiencia M1 como la experiencia M2 son igualmente válidas para ejecutar el objeto del contrato a celebrar, por lo tanto son adecuadas para el fin constitucionalmente válido que es la construcción del centro de convivencia.

b. El trato diferenciado sólo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo

Para Robert Alexy la constelación más simple se caracteriza porque en ella entran en juego dos principios (*interés general* y *derecho a la igualdad* en concordancia con el derecho a la *libre competencia económica*) y dos sujetos jurídicos (municipio Paz de Ariporo y un interesado).

El Estado persigue un fin F (*contrato estatal*) con el principio P_1 (*interés general*) - F (*contrato estatal*) es idéntico a P_1 (*proteger el erario público*).

Existen por lo menos dos medios:

M_1 (una medida que permita oferentes que hayan ejecutado obras públicas o privadas iguales o similares cuyo objeto sea la construcción de edificaciones dentro de los últimos tres años contados a partir de la recepción de ofertas y con un valor en facturación equivalente a cinco veces el presupuesto oficial).

Y M_2: (una medida, atendiendo la observación de un interesado, que permita oferentes que hayan ejecutado obras públicas o privadas iguales o similares, cuyo objeto sea la construcción de edificaciones dentro de los últimos cinco años contados a partir de la recepción de ofertas y con un valor en facturación equivalente a una vez el presupuesto oficial), que son igualmente adecuados para promover F (*contrato estatal*).

M_2 afecta menos intensamente que M_1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P_2 (*libre competencia en conexidad con el derecho a la igualdad*).

Bajo estos presupuestos, para P_1 es igual que se elija M_1 o M_2, P_1 exige que se elija M_1 en lugar de M_2, o M_2 en lugar de M_1. En cambio, para P_2 no es lo mismo que se elija a M_1 o M_2, en tanto P_2 exige un mandato de optimización tanto en lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. En lo que respecta a las posibilidades fácticas P_2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M_2 y no M_1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez respecto de las posibilidades fácticas, desde el presupuesto de validez tanto de P_1 (*interés general*) como de P_2 (*libre competencia en conexidad con el derecho a la igualdad*), sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.

Al confrontar los datos del proceso analizado encontramos que la teoría de Robert Alexy[290] cabe perfectamente en el caso propuesto, y al ponderar se demuestra la vulneración del derecho a la igualdad y la libre competencia económica.

Vemos a un ciudadano interesado en participar en el proceso licitatorio abierto por el municipio de Paz de Ariporo que cuestiona la regla de la experiencia general en los últimos tres años de contratos de obra de edificaciones cinco veces el presupuesto oficial, y propone que se mantengan las reglas de un proceso similar de experiencia general en los últimos cinco años en contratos de obra de edificaciones una vez el presupuesto oficial. Entonces, al revisar el subprincipio "necesidad" para hacer el juicio de ponderación, cuando se confronta el *interés general* contra el *derecho a la igualdad* y la *libre competencia económica*, sólo estaría permitida la medida que acepte oferentes que hayan ejecutado obras públicas o privadas iguales o similares cuyo objeto sea la construcción de edificaciones dentro de los últimos cinco años contados a partir de la recepción de ofertas y con un valor en facturación equivalente a una vez el presupuesto oficial, y la medida que solo permita oferentes que

[290] Ob. cit., pp. 113 y 114.

hayan ejecutado obras públicas o privadas iguales o similares cuyo objeto sea la construcción de edificaciones dentro de los últimos tres años contados a partir de la recepción de ofertas y con un valor en facturación equivalente a cinco veces el presupuesto oficial estaría prohibida.

6. Casos en los cuales no es necesario aplicar el principio de proporcionalidad por prohibiciones y autorizaciones del legislador o creación jurisprudencial

a. Introducción

Este capítulo tiene como propósito mostrar que en algunas regulaciones en materia de contratación estatal, siguiendo la línea jurisprudencial según la cual en este materia hay una amplia configuración normativa del legislador, se ha determinado que por motivaciones asociadas a lograr proteger de mejor manera el interés general se decide restringir el ejercicio de la libre competencia económica y se determina en qué casos, por razones del parentesco, se impide a un oferente tener familiar con otro o con servidores públicos con capacidad decisoria que puedan presentar un ofrecimiento al Estado; o que sus actuaciones generen tal tipo de reproche que merezca que puedan hacer un ofrecimiento al Estado (destituciones, sentencias judiciales, declaratorias de incumplimiento graves incluyendo la caducidad p. ej.). De igual manera el legislador se abroga el derecho de determinar en qué casos, por razón de territorio y sus normas internas de residencia, se debe privilegiar esta condición frente a los otros participantes. En este caso aprovecharemos para presentar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al reconocer a unos sujetos de especial protección constitucional como son los recicladores requiere acciones de discriminación positiva para proteger su derecho a la igualdad.

b. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la ley de contratación

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[291] el legislador definió las inhabilidades e incompatibilidades que son "las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena

[291] *Gaceta del Congreso*, n.º 75, cit., p. 15.

de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar".

En cuanto a la diferenciación entre unas y otras, el legislador señala que las inhabilidades "se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado"; por su parte en lo referente a las incompatibilidades "se predican respecto de la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés".

Igualmente, en la Sentencia [292] el Consejo de Estado definió lo que se entiende por inhabilidades e incompatibilidades y la competencia del Congreso para establecerlas. Dijo el Consejo de Estado que los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad son preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, la objetividad y la imparcialidad. Respecto de la inhabilidad, esta debe entenderse como aquella circunstancia que no le permite a una persona celebrar un contrato, ya sea por razones constitucionales o legales; en tanto que la incompatibilidad se refiere a lo que no se puede poseer o ejercer por un determinado tiempo y por una misma persona, es decir, la prohibición de que concurran dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra, y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones.

Trayendo a colación lo expuesto en anterior oportunidad por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado establece que la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades por el legislador obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general que está protegido en la contratación administrativa, de manera que se pueda sacrificar lo menos posible el derecho a la igualdad de quienes aspiran a contratar con el Estado. Para que se justifique la

---

[292] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, actor: Luis Ricardo García Jaramillo. Demandado: municipio de Barranquilla, Exp. 10.989. Concepto de inhabilidad.

existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad –ha dicho la Corte– se requiere que se sustente la protección del interés general, dado que lo contrario pierde toda justificación constitucional como medio legítimo para restringir el principio de igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes son rechazados en el ámbito contractual del Estado.

Lo anterior tiene su asidero en la necesidad de rodear de garantías las condiciones de transparencia e imparcialidad de la función administrativa y legitima el proceso de contratación del Estado.

El artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 consagra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y en esta regulación se establecen limitaciones autorizadas por el legislador con el ánimo de proteger el interés general:

> Artículo 8.º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.
>
> 1.º. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:
>
> a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
>
> b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
>
> c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
>
> d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
>
> e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
>
> f) Los servidores públicos.
>
> g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2.º. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o

compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1.º. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Parágrafo 2.º. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

La Ley 1296 de 2009 modificó el artículo 1.º de la Ley 1148 de 2007, que a su vez había modificado el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, y dejó la inhabilidad en los siguientes términos:

Artículo 1o. El inciso 3.º del artículo 1.º de la Ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

"Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente".

La Corte Constitucional[293] estudia la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de Ley 80 de 1993, que regula el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo que revisa desde la Constitución Política, es si el legislador tiene autonomía para restringir el ejercicio de la libre competencia por encontrarse quien formula ofertas en determinadas

[293] Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

circunstancia reguladas por el mismo legislador que impiden su participación. Para la Corte las limitaciones que imponga el legislador a la actividad económica y a la libre competencia habrán de ser serias y razonables y cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (art. 333 C.P.). Cuando el legislador limita estos derechos con seriedad y razonabilidad es para conciliar la actividad económica y el bien común, en un sistema que atiende el principio *pro libertate*. Ya en cuanto a las inhabilidades no se trata de introducir límites a la actividad económica sino de regular la actividad estatal de la función pública como es la contratación estatal, y allí no rige el principio *pro libertate* sino el principio de legalidad, que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispongan la Constitución y la ley. A la pregunta de si es conforme con la Constitución la regulación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la respuesta es que la misma Constitución confió al legislador la competencia para expedir el estatuto de contratación, régimen que tiene por objeto excluir ciertas categorías de personas, y cuya inobservancia genera la nulidad del contrato. La consagración de este régimen tiene por objeto salvaguardar el interés general para que implique el menor sacrificio al derecho de igualdad y el reconocimiento a la personalidad jurídica de quienes aspiren a contratar con el Estado.

Agrega la Corte que si la restricción legal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general, o esta es irrazonable o desproporcionada, pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir el derecho a la igualdad y el correspondiente reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas que resulten rechazadas del ámbito contractual del Estado.

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional[294] declaró la constitucionalidad del literal b del numeral 2 del artículo 8.º de la Ley 80, señalando en primer término que la finalidad del legislador con la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades es asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia en la contratación

[294] Corte Constitucional. Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

administrativa, para lo cual tiene que inhabilitar a los familiares de determinados servidores públicos, cuando el legislador considera que pueden incidir en la contratación. Bajo este criterio se pretenden armonizar los valores y los principios constitucionales, pues ello permite guardar el interés general que rige la contratación pública. Por lo tanto, la influencia del factor familiar no está violando el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que por el contrario está en armonía con las disposiciones constitucionales, pues reconoce que las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública. Concluye la Corte que a través de la norma se tutela el interés público de imparcialidad al prohibir la intervención de familiares cercanos de los servidores públicos de los niveles directivos o con un grado de influencia en la decisión, pues lo contrario afectaría o pondría en peligro la transparencia y la seriedad del proceso de contratación administrativa. Igualmente, se demanda por inconstitucional la incompatibilidad que consagra la ley respecto de los parientes de los directivos, asesores, ejecutivos o de los miembros de la junta o consejo directivo, o de las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad estatal, a lo cual la Corte contesta que el Congreso tiene plena competencia para regular las causales sobre inhabilidad e incompatibilidad previstas en el Estatuto de Contratación, y que su verificación constitucional consistirá en establecer qué tan proporcionada es la regla con respecto a lo que se pretende proteger con su consagración. Para la Corte una obligación del legislador es rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad la función administrativa, señalando unos requisitos mínimos de acceso a la contratación y, por otra parte garantizando el interés general. Para el caso de los familiares de quienes le prestan servicios al Estado en determinada jerarquía, se pueden presentar grados de lealtad entre ellos que perfectamente pueden parcializar el proceso de selección, con lo que se perdería su objetividad; se puede concluir, entonces, que es razonable que la ley haya pretendido evitar la influencia de sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal. Por otra parte, la Corte considera igualmente que la inhabilidad es adecuada respecto del grupo de servidores públicos que seleccionó, pues en lo que se refiere al nivel directivo se inhabilita a sus parientes por cuanto este nivel de servidores públicos tiene capacidad de decisión o puede tener la influencia suficiente para lograr una decisión administrativa amañada. En lo que se refiere a los de nivel asesor, si bien no toman decisiones, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión.

Finalmente, en lo que atañe a los ejecutivos y los funcionarios que ejercen el control interno, si bien no toman decisiones, se trata de servidores públicos que de manera indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos de selección abiertos por la correspondiente entidad estatal; permitir que familiares de los servidores públicos que administran el control interno de la entidad participen en procesos licitatorios o concursales o de contratación directa generaría conflictos de intereses, ya que el ordenador del gasto podría comprometer las decisiones de su jefe de control interno favoreciendo a sus parientes; se vulneraría con ello la independencia en el ejercicio del control de gestión de la respectiva entidad.

Igualmente, en la Sentencia C-054 del 24 de enero de 2001, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional[295] estudió la demanda que se presentó contra los literales g y h del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 y contra el parágrafo 3.º del artículo 57 de la Ley 550 de 1999. Al respecto, y como se desprende del análisis de los argumentos de los demandantes y de las intervenciones en este proceso, la Corte estimó que la constitucionalidad de dichos textos ya fue objeto de examen por esa Corporación, siendo declarada su constitucionalidad mediante la Sentencia C-415 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y se acogió a lo allí expresado.

Otras normas que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades son las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 conocida como la ley anticorrupción. Se trascribirán las distintas normas que regulan e integran este régimen:

El artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 regula la incorporación de una inhabilidad a las previstas en el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, que tiene que ver con las inhabilidades para la comisión de delitos especiales:

> Artículo 18. *De las inhabilidades para contratar*. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al parágrafo 1o, del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, así:

[295] Corte Constitucional. Sentencia C-054 del 24 de enero de 2001, M. P.: Alvaro Tafur Galvis. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

"Artículo 8.º.

[…]

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, *con excepción de las sociedades anónimas abiertas*".

Parágrafo 1o. […]. En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Se trata de inhabilitar a quienes hayan cometido delitos contra la Administración Pública como son peculado, concusión, cohecho, y prevaricato en todas su modalidades, y adicionalmente el delito de soborno trasnacional.

El artículo 1.º de la Ley 1474 de 2011 regula en los siguientes términos la inhabilidad para quienes incurran en actos de corrupción:

Artículo 1.º. *Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción*. El literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

"Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años".

El artículo 2.º de la Ley 1474 de 2011 regula la inhabilidad para quienes financien campañas políticas, pero hasta un determinado tope, por debajo del mismo no se encuentran en esta

circunstancia y puede contratar con el Estado, siendo en principio un contrasentido por el evidente conflicto de intereses. Así se reguló la inhabilidad:

> Artículo 2.º. *Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas*. El numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:
>
> "Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones ó a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.
>
> La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.
>
> Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.
>
> La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales".

El artículo 4.º de la Ley 1474 de 2011 regula la inhabilidad para quienes estuvieron vinculados con una entidad estatal donde les estaba prohibido ya contratar con dicha entidad por el término de un año, con esta nueva regulación se aumenta la inhabilidad por ser directivo a dos años, y se amplía la cobertura de la inhabilidad pues ahora cubre el sector donde estuvo vinculado el directivo:

> Artículo 4.º. *Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado*. Adiciónase un literal f) al numeral 2 del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

> "Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.
>
> Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público".

El artículo 5.º de la Ley 1474 de 2011 regula la inhabilidad para quienes ya hayan celebrado contratos de obra pública, de concesión o de suministro de alimentos, para que puedan celebrar contratos de interventoría. Esta regulación tiene que ver con la detección de una investigación en una entidad donde encontraron que una de las empresas de un holding ejercía la labor de interventoría en otra empresa del mismo grupo empresarial. Así se reguló la inhabilidad:

> Artículo 5.º. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos ó su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad.

El artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 regula la inhabilidad para incumplimientos reiterados en la ejecución de los contratos estatales, que es lo que se conoce como las sanciones contractuales[296], en los siguientes términos:

---

[296] Una sanción contractual se encuentra regulada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y es se refiere a la declaratoria de caducidad: "Artículo 18. *De la caducidad y sus efectos*. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista[296], que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. // En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto

Artículo 90.º. *Inhabilidad por incumplimiento reiterado*. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de

---

contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. // Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. // La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento". Como vemos esta causal de caducidad es una de las inhabilidades prevista en el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993. Luego están las otras sanciones contractuales que son la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva multas para conminar al contratista para que cumpla, y cuando ya se presenta un incumplimiento total de las obligaciones lo que genera la posibilidad para la entidad estatal de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, que se encuentra regulada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007: "Artículo 17. *Del derecho al debido proceso*. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. // En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. *Parágrafo*. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva".

acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

[…]

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

c. Protección de la industria local frente a la libertad de competencia de las personas extranjeras sin domicilio en Colombia

Con la expedición de la Ley 816 de 2003, por medio de la cual se apoya la industria nacional a través de la contratación pública, el Congreso de la República estableció con rango legal un privilegio en favor de la industria nacional, junto con los criterios para favorecer a aquellos que ofrezcan dentro de sus propuestas bienes o servicios producidos por empresas de producción nacional, en los siguientes términos:

Artículo 1.º. Las entidades de la Administración Pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que les sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de derecho privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

Parágrafo (Parágrafo modificado por el artículo 51 del Decreto 19 de 2012). Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda

el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

Artículo 2.º Las entidades de que trata el artículo 1.º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el 10 y el 20%, para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el 5 y el 15%, para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

Artículo 3.°. El oferente extranjero deberá cumplir con los mismos requisitos, procedimientos, permisos y licencias previstos para el oferente colombiano y acreditar su plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país.

Como vemos los pliegos de condiciones de todas las convocatorias públicas crean reglas de privilegio con la adjudicación entre el 10 y el 20% del total de puntos a aquellos proponentes nacionales frente a los extranjeros, quienes compiten en desigualdad de oportunidades en criterios definidos por el mismo legislador, quien agrega que en caso de empate igualmente se preferirá la oferta nacional.

Se reitera que con base en lo preceptuado en la Ley 80, se creó un criterio de selección de contratistas preferente respecto de las ofertas nacionales, cuando estuvieran en igualdad de condiciones frente a una oferta de una persona, natural o jurídica, pública o privada, extranjera. Esto quiere decir que cuando se definan los criterios de desempate entre ofertas que se encuentren en igualdad de condiciones para obtener el primer orden de elegibilidad, se deberá establecer en los pliegos de condiciones que se preferirá a aquella oferta que se considere presentada por un proponente de origen nacional.

El artículo 2.2.1.1.1.3.1 del decreto 1082 de 2015 definió los acuerdos comerciales como tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen

derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano, y (ii) los proveedores colombianos.

Luego el artículo 2.2.1.2.4.1.1 (ibídem) referente al cronograma del proceso de contratación señala que cuando el proceso de contratación está sometido a uno o varios acuerdos comerciales, la entidad estatal debe elaborar el cronograma de acuerdo con los plazos previstos.

Adicionalmente, al regular la concurrencia de varios acuerdos comerciales, el artículo 2.2.1.2.4.1.2 señala que si un mismo proceso de contratación está sometido a varios acuerdos comerciales, la entidad estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.4.1.3 ibídem referente a la existencia de trato nacional establece que la entidad estatal debe conceder trato nacional a: i) los oferentes de bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga acuerdos comerciales, en los términos establecidos en ellos; ii) los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un acuerdo comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado, y iii) los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el numeral ii anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales a y c anteriores. Para constatar que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal b anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, y revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado.

d. Estatuto fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el privilegio para raizales, y residencia en las licitaciones

También está la legislación especial para crear condiciones de privilegio para el mismo legislador que afecta la libertad de competencia. Es el caso de la Ley 915 del 21 de octubre de 2004, por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y que a la letra establece:

> Artículo 67. Contratación. En las licitaciones de contratos cuyo objeto deba ser desarrollado en el territorio del Departamento Archipiélago, las entidades licitantes propenderán por una participación real y efectiva de los raizales y residentes, valorando esta circunstancia. En igualdad de condiciones se preferirá a los raizales y residentes del Departamento Archipiélago.

Revisando la norma se crea un privilegio para aquellos proponentes que ostenten la condición de raizales y residentes frente a cualquier persona natural o jurídica nacional o extranjera, por cuanto se autoriza a las entidades estatales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que incluyan en sus pliegos de condiciones la ponderación de puntos por tener esta calidad de raizal (oriundo de esta región) o quien sea residente (esto esto que tenga permiso dado por autoridad), con lo cual quedan en ventaja frente a los otros proponentes.

De igual forma, en caso de que haya empate entre residentes y raizales frente a los que no lo son, se resuelve la adjudicación a favor de los primeros. El término "licitaciones" debe entenderse como todas las convocatorias públicas hoy consagradas en el ordenamiento: licitación pública, concurso de méritos, procesos de selección abreviada, y proceso de mínima cuantía.

Como ejemplo podemos constatar que efectivamente entre los procesos ordenados por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina hay una convocatoria pública con los siguientes datos:

Entidad estatal	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Objeto	La obra pública a desarrollar comprende la rehabilitación y/o mantenimiento de vías en barrios legalizados y sectores en San Andrés Isla (vía de acceso a Santana, carrera 16 intercepta calle 3 en Sarie Bay, Barrio Obrero carreras 18A y 18B intercepta carrera 2, vías internas del Barrio Cocal (etapa 4), vías internas del Bight (etapa 3) y Sagrada Familia (etapa 2) del municipio de San Andrés Islas, Departamento Archipiélago de San Andrés, y tiene como especificaciones técnicas de construcción y/o mantenimiento, presupuesto, alcance del proyecto, localización y área de influencia y actividades y cualquier otra que considere la entidad estatal las contenidas en el Anexo 1.
n.º Proceso de selección	Licitación pública n.º 026 de 2014[297]
Presupuesto oficial	$ 1.920.647.656
Valor del contrato	$ 1.916.663.659
Porcentaje	0,21%
Concurrencia	7
Experiencia general o específica	B. Experiencia El Proponente debe acreditar: 1. *Experiencia general*. La experiencia general del proponente deberá estar relacionada con la actividad constructora y acorde con su objeto social. Teniendo en cuenta las características y cuantía del presente proceso, se requiere que para su ejecución, el proponente cumpla con unas condiciones de experiencia que garanticen a la entidad que podrá llevar acabo la ejecución del proyecto; por este motivo *deberá tener una*

[297] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-130891].

Entidad estatal	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
	Experiencia mínima de diez años de constituida la empresa si es persona jurídica y si es persona natural será a partir de la tarjeta profesional Ingeniero Civil o Ingeniero de Vías o Constructor en Arquitectura e Ingeniería. Cuando el proponente sea una persona jurídica, o consorcio o unión temporal, se acepta que la propuesta sea abonada por un ingeniero civil o ingeniero de vías o constructor en arquitectura e ingeniería y es quien deberá cumplir con la experiencia general aquí requerida. 2. *Experiencia acreditada y/o específica*. El proponente deberá acreditar experiencia en tres contratos ejecutados celebrados, iniciados y terminados con una entidad estatal durante los últimos diez años donde el objeto sea o se incluya construcción y/o rehabilitación y/o mejoramiento y/o mantenimiento de vías y/o andenes, deberá relacionar la información mínima que se describe en el siguiente formato: […] Los contratos acreditados para la experiencia deben cumplir con lo siguiente: *Sólo se tendrán en cuenta contratos ejecutados con entidades oficiales*, para ello el contratista que así lo requiera (caso que el RUP no posea la totalidad de la información) deberá relacionar cada contrato del cuadro anterior con un certificado que contenga la información o en su defecto copia del contrato que ratifique la Información faltante. Cada uno de los integrantes deberá poseer por lo menos una de las experiencias codificadas en el clasificador de bienes y servicios UNSPSC descritas en el cuadro de experiencia. El proponente natural deberá cumplir por lo menos con dos de las clasificaciones. Presentación de máximo tres contratos con la experiencia codificada en el clasificador de bienes y servicios UNSPSC, hasta el (tercer) nivel así: […] Los contratos deberán poseer una sumatoria igual o superior al valor del presupuesto oficial, expresado en smmlv. El proponente deberá cumplir con mínimo dos (2) de las codificaciones presentadas en los tres contratos aportados para acreditar la experiencia requerida. *Uno de los tres (3) contratos presentados deberá haberse ejecutado en el Departamento Archipiélago de San Andrés*, *Providencia y Santa Catalina*. Cuando un proponente, como persona natural o jurídica, presente una certificación de consorcios o uniones temporales, se toma la experiencia en proporción a la participación del individuo en dicho consorcio o unión temporal, en valor equivalente al porcentaje de participación respecto al valor del contrato u obra ejecutada por la UT o CONSORCIO. Si la propuesta es presentada por una persona natural o jurídica extranjera, no inscrito en el RUP, deberá presentar con la oferta, certificaciones de contratos ejecutados cuyo objeto

Entidad estatal	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
	corresponda a cada código establecido en este numeral. Nota: para acreditar la experiencia específica sólo se aceptará la experiencia relacionada con la construcción, rehabilitación o mantenimiento de sitios.
Factores de calidad	A. Factor de calidad (400 puntos). Se otorgarán cuatrocientos (400) puntos al factor de calidad distribuidos de la siguiente forma: […] *2. Tarjeta de Residencia OCCRE, cien (100) puntos*: En cumplimiento de las disposiciones especiales que rigen en el Departamento Archipiélago (decretos-leyes 2762 de 1991 y 2171 de 2001, como la Ley 915 de 2004), con el fin de propender por una participación real y efectiva de los raizales y residentes del Departamento Archipiélago, la entidad otorgará cien 100 puntos al oferente que acredite la tarjeta de circulación y residencia OCCRE. *En caso de que el proponente sea un consorcio o unión temporal o persona jurídica, deberá acreditar la tarjeta de residencia y circulación OCCRE de por lo menos, uno de los asociados o integrantes y del representante legal.* Es entendido que el proponente conoce las *normas especiales de control de circulación y residencia que rigen en el territorio insular*, contenidas en los decretos-leyes 2762 de 1991, 2171 de 2011 y demás que los modifiquen o reformen. Por lo tanto, se compromete en vincular, a los residentes en las Islas, en el 100% de su mano de obra no calificada, y a agotar los trámites legales pertinentes para la introducción de personal foráneo calificado al territorio insular, a falta de residentes en ella, que sean necesarios en la ejecución del presente contrato.
Observaciones	Del análisis de este proceso encontramos que efectivamente hacen uso del privilegio de otorgar puntos para la ponderación de la propuesta técnica de 400 puntos posibles, 100 puntos a quien acredite la condición de raizal o residente, con la autorización legal que analizamos en el presente capítulo. Sin embargo, los pliegos de condiciones como lo subrayamos, contienen otras reglas de privilegio que serían cuestionables desde las normas de contratación asociadas al cumplimiento del principio de proporcionalidad: 1. Se contempla que sólo se autoriza la presentación de contratos con el sector público 2. Se contempla que se debe acreditar la existencia de quien se presente como empresario, de 10 años, o en caso de las personas naturales el ejercicio de la profesión por 10 años. 3. Se solicita que se acredite que de los contratos para comprobar la experiencia en obra pública, se allegue por lo menos un contrato ejecutado en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

e. Promoción del desarrollo en la contratación pública. Normas de privilegio para Mipymes

El artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, que modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, regula lo relativo a la promoción del desarrollo en la contratación pública y genera un privilegio para este sector de la economía, pues sólo se autoriza para presentar ofertas bajo ciertas condiciones a quien ostente dicha condición, e incluso los procesos de selección pueden ser reducidos vía pliegos de condiciones a sólo las Mipymes regionales, como se transcribe a continuación

> Artículo 32. *Promoción del desarrollo en la contratación pública*. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:
>
> "Artículo 12. Promoción del desarrollo en la Contratación Pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.
>
> Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.
>
> En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
>
> De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones

que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

Parágrafo 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

Parágrafo 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

Parágrafo 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen".

La Corte Constitucional[298] se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3.º del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

Como problema jurídico la Corte Constitucional indica que en la demanda se sostiene que la exclusión de los beneficios en la contratación administrativa señalados en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, únicamente para las micro, pequeñas y medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera viola la Constitución principalmente por tres razones: i) porque discrimina a un grupo de empresas que están en la misma condición de generación de empleo, estímulo empresarial, ventas y personal, puesto que las trata diferente sin explicación ni justificación constitucional; ii) la norma acusada desconoce los derechos que las Mipymes controladas por el Estado, en especial los intermediarios de seguros, habían adquirido con

[298] Corte Constitucional. Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Promoción al desarrollo.

leyes anteriores, con lo que se transgrede el artículo 58 superior, y iii) contrario a lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Carta, la disposición impugnada desestimula el desarrollo empresarial, obstruye la libertad económica y abandona el deber del Estado de distribuir entre las empresas las oportunidades y beneficios en forma equitativa.

La Corte Constitucional ilustra respecto de las diferencias entre las Mipymes en general y aquellas que son vigiladas por la Superintendencia Financiera, especialmente en lo referente a la contratación administrativa. De acuerdo con lo expuesto en el artículo 2.º de la Ley 590 de 2000, como fue modificado por los artículos 2.º de la Ley 905 de 2004 y 75 de la Ley 1151 de 2007, se entiende por micro, pequeñas y medianas empresas aquellas unidades de explotación económica, que realizan personas naturales o jurídicas, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan conjuntamente a los siguientes parámetros: 1. Número de trabajadores permanentes, y 2. Valor de las ventas brutas anuales y/o activos totales, de acuerdo con los rangos que señalará el reglamento que para el efecto se expida. Sin embargo, en virtud de lo preceptuado en el parágrafo 2.º del artículo 75 de la Ley 1151 de 2007, mientras se expide el decreto reglamentario que determine los rangos para la clasificación de esas empresas, la definición de Mipyme será la contenida en los artículos 2.º de las Leyes 590 de 2000 y 905 de 2004, que a su tenor literal disponen:

> Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:
>
> 1. *Mediana empresa*:
>
> a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o
>
> b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
>
> 2. *Pequeña empresa*:
>
> a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o

b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, o

3. *Microempresa*:

a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,

b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

[…].

De esta forma, para la Corte la naturaleza jurídica de la micro, pequeña y mediana empresa no está dada por la actividad que desempeña ni por el tipo de órganos que la controlan, sino por dos criterios objetivos: i) su capacidad para generar empleo, y ii) el capital de trabajo.

Luego la Corte Constitucional aclara que para efectos de la contratación estatal con micro, pequeñas y medianas empresas para la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra cuando la cuantía del contrato no exceda los 750 smlv (hipótesis previstas en la norma donde se incluye la disposición acusada), el ordenamiento jurídico también distingue dichas empresas en general con los intermediarios de seguros.

Entonces al Tribunal le corresponde determinar si el hecho de que las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera estén sometidas a un proceso especial de selección del contratista u otros motivos que podrían deducirse de la reglamentación general de la materia, constituyen razones suficientes y proporcionadas para excluirlas de aquellas prerrogativas contempladas en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, y para ello propone un juicio de igualdad en donde deber averiguar, en primer lugar, si el criterio de diferenciación que utiliza la norma acusada para excluir de los beneficios en la contratación administrativa a algunas Mipymes (ser vigiladas por la Superintendencia Financiera) realmente las hace diferentes para obtener los beneficios consagrados en la norma acusada y, en segundo lugar, si ese trato diferente resulta válido constitucionalmente a la luz de la comparación entre los objetivos que se persiguen con la consagración de acciones afirmativas en la contratación y los medios utilizados por la norma demandada.

Para la Corte Constitucional se presenta una discriminación en contra de la Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera, por las razones que a continuación pasa a exponer:

> […] 17. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. *Los privilegios estarán destinados a fomentar la provisión de obras*, *bienes*, *servicios y mano de obra local o departamental*, *cuyo valor no exceda de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes*. Dentro de las ventajas establecidas por esa norma a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando.
>
> *Tal y como se evidencia en los antecedentes legislativos del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007*, *el objetivo de esa medida fue promover la contratación con las pequeñas y medianas empresas para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo*. *Así*, *en la exposición de motivos de uno de los proyectos de ley se explicó que con las modificaciones puntuales del Estatuto de la Contratación se pretendía asegurar la vigencia de los principios constitucionales de la función pública y en especial el de igualdad material de acceso a la contratación administrativa*. En el transcurso del debate resulta interesante la intervención del Senador Andrés González quién defendió las medidas de discriminación positiva a favor de las Mipymes y explicó sus alcances, de la siguiente manera:
>
> "Tengo un ejemplo conocidísimo en un condado cercano a New Cork, donde todas las compras y servicios estatales que allí se hagan en un porcentaje del 10 o el 15 por ciento, deben ser atendidas con empresas pequeñas y medianas empresas de esos municipios.
>
> Entonces, si se va hacer un cableado de computador, no es cierto, en ese municipio, pues si todo se contratara con los grandes, las 3, 4, 10 o 20 empresas internacionales especialistas en eso, ganarían todos los contratos y jamás habría en ese país, sino 4, 5 o 6 grandes empresas en cada nivel de la economía […] Colombia ha tratado de establecer esta medida desde el año 76 siempre se ha dicho, no esto no se puede porque hay que preservar la libertad de comercio y la libertad de industria, no es que no se puede, porque no se puede establecer la discriminación, pero resulta que la peor discriminación es la que se establece con los pequeños industriales y comerciantes de cada municipio del país, que siempre resultarán

barridos por las grandes empresas que manejan economía de escala". Se llegó a proponer un porcentaje mínimo de las contrataciones con pequeñas y medianas empresas del municipio, de jóvenes o madres cabeza de familia".

En su intervención ante la Comisión Primera del Senado y posteriormente en Plenaria la viceministra de justicia estuvo de acuerdo con utilizar la contratación pública como un mecanismo para la distribución adecuada del ingreso y para incentivar las pequeñas y medianas empresas, pero advirtió que ese objetivo no podría dejar de lado el deber de obtener contratistas que ofrezcan calidad y seriedad de las ofertas, por lo que propuso que los temas específicos sean regulados en el reglamento.

En el texto definitivo aprobado en plenaria del Senado de la República se observa que esa corporación autorizó mayores beneficios expresos a favor de las Mipymes respecto de los que finalmente se convirtieron en ley, tales como la distribución equitativa de los contratos, anticipos superiores a los previstos en la ley para la contratación en general y la posibilidad de imponer un porcentaje del presupuesto estatal que estaría destinado a la contratación con Mipymes.

Posteriormente, la Cámara de Representantes aceptó la propuesta formulada en el sentido de admitir la consagración de algunas prerrogativas en los pliegos de condiciones para la contratación administrativa con micro, pequeñas y medianas empresas, aunque consideró conveniente modificar el texto para suprimir el deber de contratar un porcentaje determinado del presupuesto público con este tipo de empresas y la obligación de distribuir los contratos en forma equitativa. Así, por ejemplo, la ponencia para segundo debate en la Cámara dejó en claro que el objetivo de la propuesta era promocionar la creación de empresa con garantías de cumplimiento y eficacia para el Estado.

Como puede verse, fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo.

Sin entrar en el debate de fondo planteado por la demanda, es importante rescatar la defensa que la Corte hace de la consagración de una regulación de privilegio para un sector de la economía como las empresas y medianas empresas denominadas Mipymes a las que se pretende proteger para incentivarlas a crear empleo. Precisamente dentro de esta demanda,

para la Corte Constitucional es muy claro que el legislador tuvo razones que justificaban proteger a este sector de la economía para que tuviese la posibilidad de tener procesos de selección en donde sólo pudiera participar con el fin de patrocinar la industria local ya sea municipal, departamental o distrital.

f. Acciones positivas para sujetos de protección constitucional especial como la población discapacitada

El decreto 392 del 26 de febrero de 2018, "por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en procesos de contratación a favor de personas con discapacidad", reguló:

> Artículo 1. Adiciónase la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual tendrá tres nuevos artículos con el siguiente texto:
>
> […] Artículo 2.2.1.2.4.2.6. *Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad*. En los proceso de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:
>
> 1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.
>
> 2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su plantea de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha del cierre del proceso de selección.
>
> Verificados los requisitos anteriores, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo, si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

[…]

Artículo 2.2.1.2.4.2.8. *Sistema de preferencias*. En cumplimiento de lo previsto en los numerales 7 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, si en la evaluación hay empate entre dos o más ofertas, la entidad estatal debe aplicar los criterios de desempate previstos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 de este decreto, incluyendo lo contemplado en el numeral 4 del mencionado artículos.

Señala el numeral 4.º del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.1.2.2.9. *Factores de desempate*. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

Con lo cual vemos que si los empresarios tienen en su nómina personal discapacitado y logran acreditar dicha condición frente al Ministerio de Protección Social, tienen una ventaja con el sólo hecho de presentar propuesta por cuanto ya gozan con un uno por ciento (1%) del total de puntos. Y en caso de quedar empatados con otro oferente, tienen la posibilidad de ser el adjudicatario de la convocatoria pública gracias a esa condición de tener discapacitados en la nómina de trabajadores.

g. Creación de Empresas Industriales y Comerciales del Estado con restricción de libre competencia económica

El artículo 5.º de la Ley 109 de 1994, por medio del cual se transforma la Imprenta Nacional de Colombia como Empresa Industrial y Comercial del Estado y se le otorgan unas competencias de privilegio señala:

> Artículo 5. Obligación. Los Ministros (*sic*), Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos del Orden Nacional y Organismos de las Ramas Legislativa y Judicial, están obligados a contratar sus publicaciones de que tratan los artículos 2.º y 4.º de la presente Ley con la Imprenta Nacional de Colombia.
>
> Cuando la Imprenta Nacional de Colombia, en los trabajos no previstos en el numeral 3.º del artículo 4.º de la presente Ley, no pueda atender los requerimientos del solicitante, o éste acredite previamente con las respectivas cotizaciones que las condiciones de precio y/o plazo en el sector privado son más favorables, lo autorizará para contratar el trabajo con terceros. El trámite de las cuentas de cobro deberá llevar anexa, en estos casos, la respectiva certificación expedida por la Imprenta Nacional de Colombia. Las entidades a las que hace referencia la presente Ley también están autorizadas para contratar con terceros si la Imprenta Nacional de Colombia no responde su petición en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva solicitud.

Vemos que la norma que transformó la Imprenta Nacional de Colombia en empresa industrial y comercial del Estado le otorgó una condición de privilegio como empresario y fue obligar a las entidades del orden nacional a contratar de manera obligatoria los actos oficiales con esa entidad. Esa es la razón por la cual los afectados por dicha restricción de acceder a los contratos públicos decidieron demandar la norma.

La Corte Constitucional[299] estudió la demanda contra la transformación de una entidad en Empresa Industrial y Comercial del Estado y específicamente la que se encarga de publicar

[299] Corte Constitucional. Sentencia C-1262 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

los actos públicos del Gobierno Nacional como es la Imprenta Nacional, en donde para la Corte no se trata de una actividad en competencia con el sector privado, sino que son actos cuya publicación ha sido encomendada a la Imprenta Nacional, y están relacionados con la "necesidad de garantizar la seguridad jurídica, y hacia ese objetivo se destinarán las inversiones para la modernización y ampliación de su capacidad operativa".

Por lo tanto, la importancia que tienen para la Corte estos actos dentro del funcionamiento de un ordenamiento jurídico sustentado en la garantía de publicidad, certeza y seguridad en las actuaciones de los funcionarios públicos, hace razonable y proporcionado que su impresión y publicación sea canalizada a través de un ente estatal que ejerza *unificadamente* pleno control sobre la calidad y contenido –*v.gr*. concordancia entre lo impreso y el texto original, exactitud en la transcripción de ponencias y debates, leyes, decretos, y en fin, toda clase de normas– de ciertos documentos oficiales.

Para resolver la tensión entre el interés general y la libre competencia (art. 333 C.P.) se reconoce que la libertad del individuo se ve atemperada por la prevalencia del interés general (art. 1.º C.P.), y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y así es que la libre competencia no se considera un derecho absoluto ni una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, la cual surge por mandato de la ley.

Acudiendo a la misma jurisprudencia de la Corporación se considera que el Estado no puede imponer arbitraria e infundadamente limitaciones a la libre competencia. Para que las limitaciones constitucionales con motivos adecuados y suficientes sean legítimas deben emanar de la ley y no afectar el núcleo esencial del derecho.

La doctrina[300] señala que lo que parece estar en juego es la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas tomadas para garantizar la eficaz y ordenada publicación de documentos íntimamente ligados al funcionamiento de distintos órganos del Estado, y su relación con los derechos a la libre competencia. La Corte, de acuerdo con lo que asegura Correa, trae a cuento el asunto de las limitaciones, el concepto de la libertad y la garantía doble de la libertad de

[300] MAGDALENA CORREA HENAO. *La libertad de empresa*…, cit., pp. 731 a 733.

contratación y luego señala que el ámbito necesario e irreductible de los derechos a la libre competencia no es restringido por la norma acusada, pues a los particulares no se les ha negado de plano la posibilidad de contratar la impresión y publicación de los trabajos con el Estado, y cuando se crea la limitación con la Imprenta Nacional es por motivos razonables y suficientes relacionados con el principio de seguridad jurídica que justifica esta disposición. Entonces, aunque se reconoce la limitación del derecho, no se atenta contra su núcleo esencial por no eliminar el derecho de contratar con el Estado bajo la sujeción de leyes del mercado, ya que se trata de una reserva a favor de una entidad del Estado plenamente justificada.

Hay una coherencia en el discurso de la Corte Constitucional, que es reconocido por la doctrinante, frente a las limitaciones del ejercicio del derecho a la libre empresa y la libre competencia económica, por cuanto, frente a las prerrogativas del interés general, este se vuelve un límite al ejercicio de la libre concurrencia, y ello se demuestra frente al régimen general de las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales forman parte de las entidades estatales, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007 y con las cuales las otras entidades estatales pueden suscribir contratos interadministrativos que tengan por objeto su actividad industrial y comercial, salvo algunas prohibiciones que la misma ley de contratación contempla, restringiendo así la libre concurrencia, en donde el Estado, a través de esta causal de contratación directa, no está obligado a adelantar una convocatoria pública. Este es el régimen al cual nos referimos que está en los artículos 92 y 93 de la Ley 1474 de 2011, el primero Respecto de la causal de contratación directa y el segundo el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado:

> Artículo 92. *Contratos interadministrativos*. Modifícase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:
>
> "c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
>
> Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos

podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".

Artículo 93. *Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado*, *las sociedades de economía mixta*, *sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado*. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

"Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes".

De lo anterior se colige que así la Corte Constitucional hubiera declarado la derogatoria tácita de la norma quedaba vigente el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y su posibilidad de suscribir contratos interadministrativos de manera directa, así que igualmente lo publicado en el *Diario Oficial* tendría un régimen excepcional regulado por el legislador como es su competencia, en donde igualmente está limitada la libre empresa y la libre competencia económica.

h. Inhabilidades para presentar propuestas por un sector de la economía en el régimen de telecomunicaciones

El artículo 11 de la Ley 555 de 2000 regula una causal de inhabilidad para los concesionarios de telefonía móvil, TMC, los operadores nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas y los accionistas, para presentar ofertas en la concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal PCS.

Como vemos, se trata de una norma que restringe la libre competencia a algunos empresarios que en su condición de concesionarios explotan económicamente el espectro electromagnético y se les impide presentar ofertas para otro tipo de concesiones en la misma

franja. En la sentencia[301] se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra el literal b del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, por violación, entre otros, de los artículos 13 y 333 de la Constitución Política, donde las normas demandadas prohíben a un sector del mercado (concesionarios de telefonía móvil celular, TMC, operadores de trunking) que presenten propuestas en la licitación u obtener concesiones de PCS, e igualmente ser accionista de una de estas empresas en los siguientes tres años de perfeccionada la concesión del servicio.

Cuando el Estado decide delegar en los particulares la prestación de un servicio público abre paso a la concurrencia en el ámbito de la libertad económica, pero tiene el deber de intervenir de modo que la concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público, lo que tiene que ver con la posibilidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control cuyo propósito es que se limiten los abusos y deficiencias del mercado, tal como sostiene la jurisprudencia (Sent. C-616 de 2001).

La modalidad más común para permitir de los particulares la prestación del servicio público de telecomunicaciones es el contrato de concesión y por ello, según la Corte, no está dentro del campo de la libertad económica, sino de la función pública, no sólo porque la actividad es de naturaleza pública, sino porque se trata de la satisfacción del interés público, y en esos términos el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competicionales; y una de esas limitaciones en la regulación en invocación del interés general es el llamado régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Las inhabilidades e incompatibilidades son prohibiciones que restringen la capacidad y libertad del contratista para acceder a la contratación, tienen como objeto preservar el principio de igualdad y orientan la función administrativa en beneficio del interés general. El fundamento jurídico está en la facultad del legislador de establecer prohibiciones de carácter general o especial, mediante leyes que rijan el ejercicio de funciones públicas y prestación de servicios públicos. La jurisprudencia ha señalado que las prohibiciones no implican una

[301] Corte Constitucional. Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

limitación de la libertad económica, ya que en materia de contratos estatales no rige el principio *pro libertate* sino el principio de "legalidad", que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispongan la Constitución y la ley; y por lo tanto, cuando se regulen tales limitaciones ellas deben ser razonables y proporcionadas (Sent. C-415 de 1994[302]).

Luego, en referencia al espectro electromagnético y su relación con el derecho a la igualdad y libre competencia económica, la Corte estudió el alcance del derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y lo regulado en el artículo 75 C.P. que dispone la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso y allí agrega que cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurran particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar. La igualdad de oportunidades en contratación estatal se plasma en el derecho de la libre concurrencia y oposición en donde se garantiza la facultad de participar de aquellos proponentes que tengan real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Agrega la Corte que la libertad de concurrencia admite excepciones para asegurar esa capacidad legal, técnica, económica y financiera del contratista, pero esas limitaciones deben ser fijadas por el legislador siempre con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propios de la actividad de concesión; incluyendo dentro de estas potestades establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal.

De esta manera concluye que en la concesión del servicio de telecomunicaciones es posible que el Estado establezca limitaciones bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven de la naturaleza del bien público del espectro electromagnético.

---

[302] Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Finalmente, respecto de la libre competencia económica, se concibe como un derecho individual y a la vez colectivo (art. 88 C.P.) que tiene como finalidad alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada. Para la Corte, la libre competencia económica debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes.

Para resolver el caso en concreto la Corte consideró que la libre competencia y el derecho a la igualdad se desenvuelven en el ámbito que determine el legislador, quien está habilitado para imponer limitaciones y restricciones que consulten el interés general, pero dicha limitación debe ser justificada o proporcional del derecho de igualdad. La incompatibilidad creada por la Ley 555 de 2000 es una limitante del derecho de concurrencia, en función de las calidades de los sujetos afectados, por lo cual la Corte aplica para su constitucionalidad el test de razonabilidad.

1) Se revisa si hay un tratamiento desigual y la materia sobre la que recae. Si no es posible, dice la Corte que el análisis de razonabilidad y proporcionalidad se orienta a la admisibilidad impuesta por el legislador en función de las finalidades de la Constitución.

Se indica que la desigualdad de condiciones tiene su justificación, pues quien ya tiene una concesión con el Estado para el acceso al espectro electromagnético no está en la misma condición de quien no tiene tal acceso a un bien cuyo uso no está abierto para todos. Ello incide en la posición de quien está interesado en acceder a la concesión de servicio, pues quienes ya poseen esta condición tendrían una ventaja sobre estos al momento de proponer condiciones en la licitación. Para la Corte la restricción no es *per se* violatoria de la igualdad y la libre concurrencia, pues obedece a condiciones de desigualdad en los sujetos. Luego sigue en la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

2) La Corte propone estudiar las finalidades de la norma:

– Impedir que presenten ofertas los concesionarios que ya tienen acceso, por tener una ventaja frente a quienes no han accedido.

– Garantizar la pluralidad de oferentes frente al riesgo de evitar la concentración monopolística en el mercado de las telecomunicaciones.

– No se puede consultar únicamente el interés de uno de los extremos de la comparación que serían los potenciales adjudicatarios, sino el beneficio social que no admite situaciones de ventaja para algunos.

Para la Corte no se elimina la posibilidad a los actuales operadores de competir pues ya tienen acceso al espectro, y por el contrario promueve el acceso a otros operadores con el fin de garantizar una competencia suficiente. Y en esos términos declara la constitucionalidad de la inhabilidad consagrada por el legislador.

La doctrina[303] considera que la norma acusada no está eliminando la posibilidad a los operadores sobre quienes recae la inhabilidad, de competir en el sector de telecomunicaciones móvil, y se evita la concentración del espectro electromagnético. Aclara que de acuerdo con la sentencia, una de las limitaciones impuesta sólo restringe por un término de tres años la inhabilidad de participación de los operadores, empresarios y accionistas de uno de los sistemas de comunicaciones en el mercado accionario de los concesionarios del otro sistema, y allí la Corte de nuevo declara la constitucionalidad, pero condicionada al hecho de que el legislador y las demás autoridades en sus órbitas de competencia regulen en forma específica el tema de la negociación de las acciones, la concentración y demás aspectos materiales que estimen conducentes, a efectos de impedir que, abierto el mercado accionario, tengan lugar las prácticas monopolísticas y el abuso de posición dominante.

Del análisis jurisprudencial se deduce que las posiciones jurídicas expuestas por la Corte Constitucional coinciden con la fundamentación del derecho a la libre competencia económica por cuanto se ha sostenido, y así ha sido registrado en el presente trabajo de investigación, que en una clasificación de los derechos se argumentó que hay derechos preferentes y no preferentes, estando la libre competencia económica dentro de estos últimos, derechos que no tienen el peso específico que pueden tener los derechos personalísimos. Lo

---

[303] MAGDALENA CORREA HENAO. *La libertad de empresa*, … Ob. cit., p. 585.

anterior trae como consecuencia que haya una mayor configuración normativa del legislador y sobre todo una mayor capacidad de este para limitar el alcance del derecho. En la relación jurisprudencial se denota la regulación que hace el legislador en los siguientes temas:

i) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades que impide a las personas naturales o jurídicas definidas en el régimen presentar un ofrecimiento en un proceso de selección abierto por una entidad estatal

ii) Régimen de privilegios consagrado por el legislador a favor de las entidades estatales que en desarrollo del interés general le permite expedir actos administrativos para imponer sanciones contractuales (multas, hacer efectiva cláusula penal pecuniaria o caducidad), o actos administrativos para hacer efectivas las cláusulas excepcionales al derecho común como interpretación, modificación o terminación unilaterales, o la cláusula de reversión para contratos de concesión.

iii) Creación de empresas con capital público mayoritario para desarrollar actividades de interés público que impide que determinadas actividades comerciales puedan ser desarrolladas por particulares.

En este caso la protección del legislador frente al interés general hace que las limitaciones al derecho de participar o competir sean respetadas por la máxima instancia como es la Corte Constitucional en virtud de su amplia configuración normativa, como ya se mencionó reiteradamente en esta investigación y ahora se ratifica.

i. Acciones afirmativas para proteger el derecho a la igualdad y la libre competencia económica propuestas por la Corte Constitucional

Posiciones doctrinales frente a las acciones afirmativas

La doctrina[304] señala, en primer lugar, que las acciones afirmativas son todas aquellas medidas de hecho o intervenciones positivas que el Estado realiza a favor de grupos tradicionales o históricamente desfavorecidos o desprotegidos por diversas causas, y que irrumpen en la actividad contractual de la administración para mejorar sus condiciones materiales frente al resto de la sociedad. Lo anterior supone un juicio de valor asociado al principio de igualdad dando prevalencia a la Constitución Política de 1991 bajo el modelo de Estado social de derecho. Luego reconoce la escogencia de la medida apropiada y finalmente su aplicación. Se reafirma en el concepto señalando que las acciones afirmativas son aquellas encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad y que atentan contra el principio de igualdad por diversos factores, específicamente la desigualdad socio económica, y trae a colación una sentencia de la Corte Constitucional que sostiene

> Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afecten, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación […] la discriminación inversa se produce en una situación en especial escasez de bienes deseados […] lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras[305].

En Colombia el modelo ingresa al adoptarse con la Constitución de 1991 el Estado social de derecho y la consagración de la igualdad como principio-derecho fundamental en el ordenamiento jurídico que compromete al Estado en la ejecución de todo tipo de medidas a

---

[304] Juan Pablo Vallejo Molina. "Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia", *Revista Pensamiento Jurídico*, n.º 46, Bogotá, Universidad Nacional, diciembre de 2017, pp. 153-168, disponible en [https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/view/4751/showToc], consultada el 11 de julio de 2018.

[305] Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

fin de lograr su consecución material, "… ahí reside el ingreso de las acciones afirmativas en el sistema jurídico de Colombia, principalmente de la batuta de la Corte Constitucional". De hecho se indica que la misma Corte Constitucional [306] ha fijado los requisitos de constitucionalidad de las medidas afirmativas:

i) Tienen vocación transitoria porque con ellas no se pretende perpetuar las desigualdades; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios, y v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.

Pasando al campo del contrato estatal, señala que el principio-derecho de igualdad que debe regir la contratación estatal ha sido reconocido por la misma Corte Constitucional[307], y en él se sostiene el carácter prevalente del artículo 13 de la Constitución Política incluyendo los artículos 24, 29 y 30 de la Ley 80 (el art. 29 fue derogado y hoy está vigente el art. 5.º de la Ley 1150 de 2007), en cuanto a los principios que deben regirle, para la correcta escogencia del contratista. A lo anterior hay que agregar la mención del artículo 209 de la Constitución por cuanto regula los principios de función administrativa entre los cuales está la aplicación de la igualdad como principio rector, y se trascribe el desarrollo de este principio que en la Sentencia C-862 de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, se mencionan las acciones afirmativas como criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

---

[306] Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[307] Corte Constitucional. Sentencia C-887 de 2002, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Para Vallejo la interpretación sistemática del Estatuto de Contratación Estatal que ha efectuado la Corte Constitucional ha permitido la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva que actualmente contempla la legislación. Sostiene que la Corte ha señalado que en desarrollo de la potestad de configuración del legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, pero ello no quiere decir que estén prohibidas y, por el contrario, ha autorizado otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos mediante licitación o concurso (Sent. C-932 de 2007).

Entre los ejemplos propuestos está la Sentencia C-371 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, donde se estudia el proyecto de ley estatutaria 62 de 1998 Senado y 158 de 1998 Cámara, por el cual se reglamenta la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, en aplicación de los artículos 13, 40, y 43 de la Constitución. Específicamente el artículo 4.º del proyecto establecía una regla de selección según la cual, a partir del 1.º de septiembre de 1999, las autoridades nominadoras, obligatoriamente, debían asegurar que mínimo el 30% de los cargos de "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" fueran desempeñados por mujeres. El incumplimiento de tal obligación, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo, era causal de mala conducta, que sería sancionada con suspensión hasta de treinta días en el ejercicio del cargo, y con la destitución en caso de persistir la conducta. Para la Corte, el artículo 4.º estudiado consagra una medida de acción afirmativa –de discriminación inversa–, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado.

Hay dos casos de acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia: el primero se refiere a los discapacitados y se trata de la acción de tutela T-684 de 2011, M. P.: Mauricio González Cuervo, al revisar el literal a del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 Respecto de la obligatoriedad de las entidades estatales de implementar dicha normatividad. Reza el literal a del artículo 24 de la Ley 361 de 1997:

> Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: (a) a que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones

de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.

Esta medida fue negada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y así ordeno la Corte declarar que esta acción afirmativa es de obligatorio cumplimiento por las autoridades públicas.

Posiciones jurisprudenciales frente a las acciones afirmativas

La Corte Constitucional[308] se pronunció acerca de la revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 43 Penal Municipal de Bogotá, y el Juzgado 1.º Penal del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela impetrada por Silvio Ruiz Grisales y la Asociación de Recicladores de Bogotá (ARB), representada legalmente por Nohora Padilla Herrera contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

Como hechos relata la Corte que el 23 de diciembre de 2002 los actores interpusieron una acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por considerar que dicha entidad desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe.

Agregaron que en el pliego de condiciones de la citada licitación se establecían requisitos de experiencia, capital, conocimiento y manejo de tiempo que "prácticamente sólo los actuales operadores podrían cumplir", además de no contemplar acciones afirmativas que permitieran la participación preferencial de los recicladores de Bogotá.

Agregaron que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que dentro de la actuación de la UESP hubo un "sistemático y antiguo manejo parcial que les impide a los recicladores ingresar a la prestación formal del servicio"; consideraron vulnerado el principio de la buena fe, por cuanto la conducta de la UESP antes y durante el proceso licitatorio no ofrecía garantías de transparencia; estimaron vulnerado su derecho fundamental a la

[308] Corte Constitucional. Sentencia T-724 del 20 de agosto de 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

igualdad, pues, según ellos, el pliego de condiciones estaba diseñado para favorecer a un grupo específico de personas, ya que no contemplaba acciones afirmativas a favor de una población vulnerable y marginal como los recicladores, a quienes ponía a competir en igualdad de condiciones con poderosos grupos económicos; por último, consideraron que la conducta de la UESP era violatoria de su derecho fundamental al trabajo, dado que las prórrogas de los cuatro contratos iniciales y la nueva licitación del servicio de recolección de basuras coartaba su posibilidad de competir y trabajar.

La Corte verificó que al momento de entrar en estudio de revisión las tutelas, ya se habían adjudicado las licitaciones, por lo tanto, le correspondía verificar si durante el trámite de la tutela había debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados, y por ello, en ese caso podría proceder a revocar los fallos sin importar que no procediera orden alguna. Cuando pasó a estudiar si se debió conceder la tutela, analizó en primer lugar que se entiende por las acciones afirmativas, indicando que por estas se entienden todo tipo de medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural, o económico que los afecta; o que un grupo discriminado tenga mayor representación (p. ej., becas para estudiantes de escasos recursos, subsidios en servicios públicos, etc.), y se trata de la obligación de las autoridades cuando se ven enfrentadas a estos grupos, de adoptar medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva.

Concluyó que el Distrito no adoptó dichas medidas con la población de recicladores, al revisar los pliegos de condiciones encontró que, mediante el llamado Sistema Operativo de Reciclaje, se estableció la obligación para los concesionarios de recolectar material reciclable lo que incluía la separación en la fuente, la recolección y el transporte de infraestructura de aprovechamiento, de comercialización y desarrollo tecnológico. Sin embargo, no incluyó ninguna medida efectiva que permitiera la participación de la Asociación de Recicladores como grupo marginado. Por ejemplo, destinó el 15% de los operarios de esa población para la corta de césped, actividad no relacionada con el reciclaje, con el agravante de que de ese porcentaje una parte la conformaba la población desplazada. Fue por todo lo anterior que procedió la tutela.

Con base en lo anterior conminó a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá para que en futuras ocasiones, cuando se tratara de la contratación del servicio de aseo, incluyera acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada a dicho servicio.

La Corte Constitucional[309] resolvió una demanda contra los artículos 24 numeral 5 literal b, y 29, y contra el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, cuyo propósito era demostrar que dichas normas incumplen el establecimiento de acciones afirmativas en la contratación administrativa que beneficie a los grupos discriminados o marginados.

Entre las consideraciones expuestas por la Corte está la formulación de si, con los criterios de selección objetiva previstos en el Estatuto de Contratación, se discrimina a los grupos marginados o desprotegidos que no pueden competir. Respecto de las acciones afirmativas en la contratación estatal dijo lo siguiente:

> En primer lugar se trata de la concepción de igualdad que trajo el Estado social de derecho, que se protege mediante la abstención, si no en algunas oportunidades de manera obligatoria mediante la intervención activa en esferas específicas, tratándose de decisiones públicas proteccionistas a favor de grupos de personas que tradicionalmente han sido marginados o discriminados por razones diversas. El derecho a la igualdad real exige del Estado su intervención para evitar la discriminación y por otro lado hacer exigibles tratos favorables en beneficio de personas que se encuentren en debilidad manifiesta. En cuanto a las acciones afirmativas, estas medidas están diseñadas para exigir el trato favorable para quienes se encuentren en situación de discriminación social, cultural o económicamente.

Agrega que la Corte Constitucional colombiana ha sostenido en múltiples oportunidades que la interpretación sistemática de la Constitución de 1991 permite concluir que las autoridades públicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que están en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o económicas. Así, en la sentencia precedente dijo que estas medidas son "instrumentos

---

[309] Corte Constitucional. Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez".

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas medidas parten de dos supuestos constitucionales: i) la cláusula social del Estado de derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, por lo que resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, económica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo, y ii) la concepción sustancial de la igualdad, según la cual este derecho no sólo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposición de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino también con la consagración de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (art. 13 de la Carta). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.

Pero se advierte que el hecho de que el artículo 13 constituya el fundamento de acciones afirmativas no significa que toda medida sea siempre constitucional ya que debe estar sujeta al test de igualdad. Y para ello aplica la siguiente metodología:

> […] i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.

Entra luego a estudiar los argumentos de la demanda en cuanto a declarar la inexequibilidad de los criterios de selección por ausencia de medidas de acción afirmativa a favor de sujetos de especial protección. En concreto que el principio de selección objetiva obligue a seleccionar la oferta más conveniente 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 (art. 13 de la Constitución). Y aquí trae a colación la posición de la Corte Constitucional frente a los recicladores, con la sentencia que les concedió la tutela mediante el fallo T-724 de 2003, en donde la Sala de Revisión recordó que los subsidios a los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes de escasos recursos, el apoyo económico para pequeños productores, son acciones afirmativas, y el apoyo está en el literal 2 del artículo 13 de la Constitución Política que señala la obligación del Estado de promover las condiciones para la igualdad real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Y concluye:

> De manera que las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción.

Ya en lo que corresponde al Estatuto de Contratación no hay una omisión legislativa por no haberse consagrado acciones afirmativas, en donde no sólo no las prohíbe sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en los procesos de selección y adjudicación de los contratos mediante licitación o concurso.

Y, de todas maneras, ante la ausencia de una previsión expresa en los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, que supondría una discriminación en caso de interpretarse que no admite una acción afirmativa para grupos que están en situación de debilidad manifiesta, la Corte considera necesario excluir la interpretación literal de la norma

que sería contraria al artículo 13 de la Constitución, para señalar que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad en la contratación administrativa no excluyen la adopción de medidas de acciones afirmativas en los pliegos de condiciones ni la determinación de medidas favorables en casos de contratación directa en los que existe mayor grado de discrecionalidad para señalar los criterios de selección del contratista. Por esta razón, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de las disposiciones, limitando la cosa juzgada al análisis del artículo 13 de la Carta.

En el Auto n.º 275 del 19 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010. La solicitud de verificación de cumplimiento se basa en que la Asociación Cooperativa de Recicladores de Bogotá (ARB), representada por la señora Nohra Padilla Herrera, manifestó que la Licitación Pública 001 de 2011, no cumplía con las obligaciones de incluir acciones afirmativas en favor de la población de recicladores de Bogotá, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia T-724 de 2003 y sus autos posteriores, razón por la cual esta Corporación debe "[…] resolver de fondo [el] déficit de protección de los derechos tutelados para los recicladores […]" (Cuad. 2, folio 1).

En primer lugar, para la Corte esta solicitud no debe ser tratada como un recurso subsidiario y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Sent. SU-713 de 2006), sino que se trata del incumplimiento de un fallo capaz de vulnerar el derecho constitucional de acceso a la justicia y que decidió la protección de un grupo discriminado (los recicladores) y minoritario de la población mediante acciones positivas en la licitación que adjudique la concesión del servicio de aseo.

Luego la Corte Constitucional pondera el efecto de la suspensión de la licitación pública de concesión del servicio de aseo, en donde el Distrito, mediante urgencia manifiesta, prorroga los contratos de aseo con lo cual se garantiza la prestación del servicio; y en cuanto a los efectos económicos de la libre concurrencia generados por el vencimiento de los contratos de área exclusiva, su efecto sería antes positivo al generar una reducción de la tarifa para el usuario final, que no se compara con la desproporcionada afectación que pueden sufrir los recicladores de permitir que se incumplan las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en la violación de los deberes constitucionales.

Para determinar si se incumplió la orden de implementar acciones afirmativas a la población de recicladores en la licitación pública 001 de 2011, la Corte aplicó el principio de igualdad frente a sujetos de especial protección constitucional.

Empezó la Corte por señalar que Colombia, como Estado social de derecho (art. 1.º C.P.), está fundada en el respeto a la dignidad humana, lo que se relaciona con el deber contemplado en el artículo 13 de la Constitución de promover condiciones de igualdad real y efectiva para grupos discriminados o marginados y en especial para personas que están en condición económica, física o mental de debilidad manifiesta (arts. 13, 334 y 366 C.P.). Hay dos deberes: el de abstención, que es la prohibición de discriminar, y el de las acciones afirmativas.

Para este caso, y en la medida en que están en juego los derechos de un grupo de especial protección, hay una presunción de discriminación y le corresponde a la administración la carga de desvirtuarla superando un escrutinio judicial estricto. Le corresponde demostrar que su actuación i) obedece a una finalidad imperiosa; ii) es necesaria para lograr esa finalidad imperiosa, y iii) es proporcionada en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionales en aras de promover esa finalidad. Se trata del juicio de razonabilidad, proporcionalidad y presunción de discriminación, al igual que el deber de generar medidas que morigeren el impacto adverso.

Luego la Corte revisa la calificación de la población recicladora como sujeto especial de protección constitucional por las condiciones de pobreza y marginabilidad en que sobrevive, y por el beneficio que representa en materia ambiental para el resto de la ciudad. Como sujeto de protección tiene como derecho no padecer discriminaciones en la esfera de abstención del derecho a la igualdad, y, adicionalmente, como sujeto de acciones positivas es deber del Estado resolver las desigualdades materiales, las cuales deben adelantarse de manera progresiva. Para la Corte, en la protección de grupos sociales "oprimidos" se deben aplicar acciones afirmativas, para las que se requiere que exista una justificación de trato diferencial que tenga un objetivo legítimo. Las medidas deben repercutir en favor del grupo social y no de alguno de sus miembros, y en esa medida insiste en que se deben verificar las acciones positivas, y la aplicación de un test de igualdad estricto y riguroso. Aclara la Corte que las acciones afirmativas no se deben confundir con acciones asistencialistas

El Distrito aplicó las mismas medidas cuando adjudicó la concesión del relleno sanitario, y para la Corte son modelos de negocio diferentes, pues en el relleno la recolección no está dispersa por la ciudad y no se compite por el material aprovechable, en cambio en la concesión de aseo no hay áreas de servicio exclusivo, lo que implica una abierta competencia entre recicladores formales y no formales.

En la licitación pública 001 de 2011 la Corte Constitucional continuó evaluando las medidas adoptadas para proteger a la población recicladora, y señaló que la primera de ellas está relacionada con el aporte de industria por una organización de segundo grado constituida por recicladores de oficio, que podrían ser de organización de economía solidaria sin ánimo de lucro. Se revisó que allí no había reparto de utilidades y que los excedentes se reinvertían en beneficio del colectivo. A renglón seguido evaluó que cuando una sociedad participa está impedida para tomar decisiones.

Por otro lado, no hay aporte de industria si los recicladores operan bajo el esquema de libre competencia.

Cuando hay aporte de industria los socios no contribuyen con su conocimiento al proceso de selección de basura, de tal manera que el *know how* no se revierte en la sociedad donde participan. En otras palabras no se indica en qué consiste ese aporte en industria.

La segunda medida está referida al aprovechamiento sometido a la libre competencia y la Corte pone en duda la efectividad de la medida, pues el grupo no está preparado para asumir la operación del servicio. No se asegura que los usuarios del servicio clasifiquen la basura, por lo que los recicladores seguirán avocados a meter las manos en los contenedores de la basura y con ello seguirán compitiendo con los grandes operadores por los mismos recursos. Adicionalmente, no hay una remuneración formal vía tarifa o a través de un sistema de precios. No hay centros de acopio y recepción de material reciclable cercanos a los sitios de recolección y los vehículos de tracción humana no son idóneos ni eficaces para el transporte de residuos en trayectos largos.

7. Conclusiones

Como sostiene Alexy, en la estructura de normas, entendida como lo que debe ser, que contienen expresiones de mandato para permitir o prohibir, la distinción más importante es la de reglas y principios que se constituye en el marco normativo material de los derechos fundamentales. Tanto las reglas como los principios son razones para juicios concretos de deber ser, así que su distinción esta basada en dos tipos de normas. La distinción está en la generalidad, donde los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, a diferencia de las reglas que son de un grado de generalidad bajo, por lo tanto la diferencia no es sólo de grado sino cualitativa. En esos términos los principios no tienen un contenido definitivo y deben ser concretados, como sucede, por ejemplo, con el concepto jurídico indeterminado denominado interés general. Entonces, en la Constitución Política existen unas normas jurídicas que a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico que se les considera "mandatos de optimización", y que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles. Los principios no llevan en su estructura un claro supuesto de hecho, ni una consecuencia jurídica precisa, sino que se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico más amplio que las reglas, y por lo tanto es una cuestión de grado. Entonces, cuando se trata de reglas se aplica el criterio de la subsunción, en tanto frente a los principios se aplica la ponderación: "cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". Para Alexy el derecho resulta justificado discursivamente, en palabras de Atienza, en cuanto a conjunto de normas (reglas y principios) que hacen que se aumente la posibilidad de resolución de las cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, pues sus normas pueden imponerse. En esos términos los procedimientos de creación de normas encuentran en primer lugar el procedimiento jurídico de creación estatal, el cual no garantiza que todos los casos jurídicos puedan resolverse , y ello se debe, como lo dice Alexy, a la vaguedad del lenguaje jurídico; y es por ello que propone un segundo procedimiento que consiste en la argumentación jurídica, que tiene como problema que no proporciona una sola respuesta correcta para cada caso. Entonces la teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy supone que el discurso jurídico es un discurso práctico general en el que se discuten cuestiones prácticas y se erige también una pretensión de corrección, y en el cual la pretensión

de justicia es de corrección. En conclusión, las reglas son normas que exigen el cumplimiento pleno y en esa medida pueden ser cumplidas o no, y por ello su aplicación es a través de la subsunción, y frente a los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas, y su aplicación es a través de la ponderación.

La aplicación de la ponderación supone el reconocimiento de la colisión de principios, en donde uno de ellos tiene que ceder ante el otro sin que signifique que se declare inválido el principio desplazado, ni que se requiera introducir una cláusula de excepción, y ello se explica por cuanto en los casos en concreto los principios tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso; cuestión distinta son las reglas, en las que los conflictos se resuelven introduciendo en una regla una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por lo menos una de las reglas. Los siguientes son los subprincipios para aplicar el test de proporcionalidad: i) toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; ii) toda intervención en los derechos fundamentales se debe realizar con la medida más favorable para el derecho intervenido entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido; iii) las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para el titular y para la sociedad en general. Al respecto es preciso señalar que para que una decisión sea racional debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.

El modelo de ponderación que permite la comparación de principios en colisión y que puede dar lugar a resultados previsibles es la fórmula del peso de Robert Alexy, en la cual la estructura está compuesta por tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y una carga de argumentación.

En primer término, la ley de ponderación se deriva en primer grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios; luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario; finalmente, en un tercer paso, se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Para Robert Alexy la importancia y el peso abstracto se pueden alcanzar mediante una escala tríadica de intensidades “leve”, “moderada”

y “grave”, y que especifica el grado de importancia de los principios en colisión. Se agrega que el peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos, y se puede construir con referencia a valores sociales positivos. La siguiente variable es la seguridad, que se refiere a la certeza de las apreciaciones empíricas relativa a la importancia de los principios en colisión que pueden tener un grado diverso de certeza, y pueden afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio de ponderación.

El peso abstracto de las apreciaciones empíricas se mide con la escala tríadica de la siguiente manera: leve: 2. = 1; medio $2^1 = 2$, y grave $2^2 = 4$. A diferencia de la seguridad de las apreciaciones que se mide de la siguiente manera: cierto 2. = 1; plausible $2^{-1} = 1/2$, y no evidentemente falso $2^{-2} = ¼$. Para Alexy es posible atribuir, de forma representativa o metafórica, un valor numérico a las variables de importancia y de peso abstracto de los principios, y a la seguridad de las apreciaciones.

El tercer elemento de ponderación se denomina carga de argumentación y opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, y allí Robert Alexy propone dos diferentes formas de superar ese tipo de empates: i) aplicando el principio *in dubio pro libertate*, en el que ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad puede prevalecer sin que se invoquen a favor “razones fuertes”. Sin embargo, en el estudio del Epílogo escrito por Alexy, Bernal defiende una argumentación diferente, pues señala que en caso de empate la ley debe declararse constitucional y no desproporcionada: los empates juegan a favor del aparato legislativo; ii) la aplicación de la fórmula del peso abre al juez el ámbito de deliberación en el que su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política. Adicionalmente, el juez goza de un ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es un caso fácil o difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, que es la importancia de los principios en colisión.

Para Bernal el grado de importancia de los principios relevantes depende de las premisas fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta, y por ello propone complementar la fórmula del peso. En la importancia de los principios propone las siguientes variables: Eficiencia (E), Velocidad (V), Probabilidad (P), Alcance (A) y Duración (D), con el que la medida satisface los principios en juego. Así que cuanto más eficiente, rápida, probable,

potente y duradera sea la medida bajo examen para afectar o satisfacer los principios, tanto mayor será la importancia de tales principios.

De otra parte el juez goza de un margen de deliberación a la hora determinar el peso abstracto de los principios, el cual siempre depende de consideraciones morales e ideológicas, y conlleva adoptar una posición respecto de la teoría sustancial de la Constitución. Agrega que no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios en los términos de la escala tríadica, así que ello depende de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Para Bernal todas esas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC) \cdot GPiA \cdot (SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA)}{(SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC) \cdot GPjA \cdot (SEIPjC \cdot SNIPjC \cdot SNPPjA)}$$

Esta fórmula da cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes para la ponderación, pero no puede determinar el valor de cada variable, ni tampoco si su valor debe ser el mismo, así que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico y únicamente expresa que la ponderación debe tener en cuenta el valor de todas esas variables. Se advierte que la fórmula del peso no es un procedimiento que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta.

Revisando la proporcionalidad desde el punto de vista administrativo se advierte que sólo opera en competencias discrecionales por cuanto, cuando la actuación es reglada, se debe aplicar el lineamiento impuesto por los legisladores y tiene su aplicación en la teoría de la argumentación en la resolución de casos difíciles como los que provienen del control de discrecionalidad administrativa. El principio de proporcionalidad es un principio jurídico que utiliza la ponderación como método de aplicación, y, como resultado de la ponderación en cuanto método de aplicación, la creación de reglas que no son verdaderas fuentes de derecho sino criterios que refuerzan la argumentación de casos futuros en aplicación del principio y que denomina “reglas de prevalencia condicionada” en la resolución de cada caso en concreto. Se reafirma que la teoría de la argumentación no ofrece una única respuesta correcta

ni una fórmula matemática para la consecución de la respuesta correcta, sino que detecta la necesidad de incorporar un discurso más refinado a cargo del juez para llegar a soluciones más racionales y legítimas. Entonces, el principio de proporcionalidad le ofrece al juez un procedimiento gradual (adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) y un elevado nivel de motivación. El principio de proporcionalidad se aplica en las esferas de la actuación administrativa discrecional, por lo tanto, se puede hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas. Las actuaciones administrativas que vulneren el principio de proporcionalidad son impugnables, por cuanto afectan la esfera del individuo, lesionan al individuo, dejándolo expuesto a la vulneración de sus derechos; y es que la propuesta de la proporcionalidad es la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales, y de no aplicarse el test de proporcionalidad ponderando los valores constitucionales en tensión, el ciudadano queda expuesto a la vulneración de sus derechos. Para el derecho administrativo la aplicación del test de proporcionalidad se diferencia de otras instituciones, como el desvío de poder, en razón a que se reduce a dos, fines y medios, y si comparamos con el desvío de poder en donde el control es subjetivo, en el primero si la decisión se considera inadecuada, o innecesario o desproporcionada respecto de los fines tasado, será declarada nula.

Desdentado señala que la aplicación del principio de proporcionalidad es un ejercicio de competencias discrecionales, y para elegir un medio que lleve a la consecución de un fin la Administración sólo puede elegir la medida proporcionada. Respecto del primer subprincipio (adecuación, idoneidad o congruencia) se trata de que la Administración elija un medio idóneo que permita alcanzar el fin, así que la congruencia no debe existir solamente entre la medida y el fin sino entre la medida y los hechos determinantes, y entonces aquellas medida que no permitan alcanzar el fin habrán de considerarse inadecuadas. En la contratación estatal serían aquellas medidas tomadas por el Estado que permiten la presentación de propuestas de oferentes que no están en capacidad de ofrecerle garantías para lograr el cumplimiento del contrato. En cuanto al subprincipio de intervención mínima se trata de que, entre las diferentes medidas adecuadas para la consecución del fin la administración debe elegir aquella que sea menos lesiva para los intereses particulares, para lo cual propone una metodología: acopio de datos, identificación de ventajas y desventajas, y atribuir un peso relativo a cada uno de los intereses y factores relevantes para la adopción de la decisión.

Entonces, si existiera una pluralidad de medios idóneos para la consecución del fin, la administración sólo podría elegir válidamente aquel que globalmente considerado sea el menos lesivo. Luego viene el análisis del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido en el que se exige un examen de contenidos y efectos de la medida aisladamente considerada para saber si los efectos negativos que produce en otros intereses guardan una relación razonable y proporcionada con la importancia del fin que se satisface con dicha medida.

Frente al interés general, una parte de la doctrina, a propósito del test de proporcionalidad y su fundamentación, sostiene que dada la naturaleza de los intereses públicos estos no pueden ser presentados como mandatos de optimización, pues no suelen tener la misma característica de los derechos, en la medida en que los legisladores no están en la obligación de optimizarlos, y las Cortes nunca han considerado que los legisladores han buscado favorecer el interés público en la mayor medida de lo posible, así que los intereses públicos deben ser entendidos como permisos de optimización, y los principios redefinidos como mandatos de optimización, y sólo los derechos fundamentales se corresponden con la definición de mandatos de optimización en estricto sentido. Respecto de los subprincipios, el test de necesidad no requiere análisis comparativo de los principios en conflicto sino únicamente graduar situaciones de regulación jurídica de acuerdo con si son más o menos restrictivas para un valor, ya que el test de necesidad no requiere de ponderar principios en conflicto. En el concepto de necesidad las limitaciones de un principio sólo son aceptables sin son medios menos intrusivos que permiten alcanzar determinado nivel de realización en otro bien. En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido se exige que el principio sea optimizado con relación al otro, lo que significa que sus costes deben ser adecuadamente compensados con las ganancias del otro.

Luego se confronta el test de proporcionalidad contra sentencias y casos extraídos de la muestra de licitaciones públicas de los años 2012 a 2015. Por ejemplo, la Sentencia T-147 de 1996 resolvió la tutela que se presentó contra un pliego de condiciones que consagró un privilegio a favor de los residenciados o de aquellos que hubieran permanecido los últimos seis meses en el municipio de Pereira. Al pasar por el test no superó el subprincipio de adecuación, toda vez que el argumento de justificación propuesto por el municipio de Pereira si bien podía ser una medida que justificara un fin constitucionalmente válido, la protección

de la industria local, pero para la Corte dicha justificación no tenía ninguna relación con la ejecución de la obra y sí restringía gravemente la libre competencia y el derecho de igualdad (arts. 13 y 333 C.P.). El segundo caso surge de los talleres que se realizaron en mis clases de posgrado, en donde el municipio de Paz de Ariporo ordenó una licitación pública para la ejecución de una obra y requirió como experiencia: contratos iguales o similares cinco veces el presupuesto ejecutado en los últimos tres años, incorporando cantidades de obra específica. Se presentó una observación en la que se cuestionó la regla con el argumento de que el mismo proceso había sido declarado desierto; la siguiente era la regla que contenía el pliego de condiciones: contratos iguales o similares una vez el presupuesto en los últimos cinco años. Desde el punto de vista del interés general ambas experiencias eran válidas por cuanto la misma entidad las consagró en sus actos administrativos de carácter general, entonces lo que se reprochó fue por qué se modificó la regla. El municipio de Paz de Ariporo rechazó las observaciones, destacándose que la facultad del municipio es representar el erario público. Sometimos este caso al test de proporcionalidad en el entendido de que la regla propuesta por el municipio contenia la identificación de una franja de proponentes y la regla propuesta por el observante generaba otro espectro de proponentes, que era del pliego que se declaró desierto, que servirían para adjudicar el contrato y que garantizarían su cumplimiento. El test superó el subprincipio de adecuación por cuanto ambos grupos de proponentes podrían eventualmente ejecutar el objeto del contrato, pero no el de necesidad en la medida en que la regla propuesta por el Municipio si bien garantizaba el cumplimiento del objeto del contrato era lesiva para el derecho de participación de los proponentes que integraban el segundo grupo de proponentes y su derecho a la libre competencia, por lo tanto la regla era anulable y el municipio debió modificar el pliego de condiciones para facilitar la libre competencia y el derecho de igualdad.

De todas maneras, en el análisis jurisprudencial la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que en materia de contratación estatal hay una amplia configuración normativa del Congreso de la República en donde restringió la libre competencia justificando el ejercicio del interés general:

1) Artículo 8.º Ley 80 de 1993. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Declarada la constitucionalidad de la norma;

2) Artículo 1.º Ley 1296 de 2009. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

3) Artículo 18.º Ley 1150 de 2007. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

4) Artículos 2.º, 4.º, 5.º y 90 Ley 1474 de 2011. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

5) Ley 816 de 2003. Protección a la industria nacional;

6) Artículo 67 Ley 915 de 2004. Régimen para San Andrés y Providencia;

7) Artículo 32 Ley 1450 de 2011. Promoción del Desarrollo para Mipymes. Declarada su constitucionalidad;

8) Decreto 392 de 2018. Reglamenta los numerales 1, 8 y 13 de la Ley 1618 de 2013. Acciones afirmativas para personas con discapacidad en la contratación pública;

9) Artículo 5.º Ley 109 de 1994. Régimen especial de la Imprenta Nacional para la publicación de los actos públicos. Declarada su constitucionalidad, y

10) Artículo 11 Ley 555 de 2000. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el sector de las telecomunicaciones.

Sentencias de la Corte Constitucional promoviendo acciones afirmativas para población vulnerable:

1) Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz;

2) Corte Constitucional. Sentencia C-887 de 2002, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández;

3) Corte Constitucional. Sentencia T-724 del 20 de agosto de 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería;

4) Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, y

5) Auto n.º 275 del 19 de diciembre de 2011.

La referencia en la materia de contratación estatal del principio de proporcionalidad en la licitación pública, en la limitación del interés general y como mecanismo que permite la protección de derechos como la libre competencia económica y el derecho de igualdad (art. 13 y 333 C.P.), nos permite concluir que las actuaciones administrativas están irradiadas por este principio y su vulneración en la aplicación de cualquiera de sus subprincipios adecuación, necesidad y principio de proporcionalidad en estricto sentido, implica la nulidad de la actuación. De todas maneras, si bien no tenemos como en España una acción administrativa preferente para proteger los derechos de participación de los interesados, cuando los proponentes encuentran reglas que eliminan la competencia sin ninguna justificación podrán acudir primero al propio Estado para que aplique el principio de proporcionalidad, pero si se niega a esta petición, acudir a los medios judiciales (nulidad y suspensión provisional y medidas cautelares excepcionales y la acción popular), y para evitar un perjuicio irremediable acudir a la acción de tutela antes de que llegue el plazo para recepcionar las ofertas.

F. Conclusiones de esta investigación

1. La licitación pública es un proceso administrativo que permite a las entidades estatales seleccionar contratistas, y ante la cual tienen que acudir como regla general, como mecanismo previsto para garantizar de mejor manera el principio de transparencia, y es definida por la ley como el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la que ofrezca las condiciones más ventajosas, y se elija la más favorable (art. 30 Ley 80). Es consustancial a la licitación el derecho a la igualdad que garantice un número mayor de oferentes, lo cual presupone la pluralidad, y, por lo tanto, su vulneración puede implicar la nulidad absoluta del procedimiento. La licitación pública no sólo está irradida por el derecho de igualdad, sino también por la libre concurrencia en asocio con el principio de publicidad, de tal manera que le está prohibido a las entidades estatales imponer condiciones restrictivas y sólo se autorizan aquellas condiciones mínimas (experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica, capacidad legal, etc.) para reducir el riesgo de incumplimiento durante la ejecución del contrato; por lo tanto, la promoción de la

concurrencia implica que el Estado pueda escoger la oferta más conveniente con, por ejemplo, mejores condiciones económicas. Finalmente, un principio que también irradia la licitación pública es el de proporcionalidad que le permite adoptar la medida más justa y equilibrada, donde se aplican correctamente los medios y los fines como una limitación a la propia administración.

2. Para adelantar una licitación pública las entidades estatales deben expedir un acto administrativo de carácter general, denominado pliego de condiciones, cuyo contenido está regulado de manera muy general por el legislador, estableciendo que debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas (num. 5 art. 24 Ley 80), y luego con la reforma, los pliegos de condiciones deben contener requisitos mínimos habilitantes tales como la experiencia, la capacidad financiera, la capacidad legal y la organización, los cuales deben ser adecuados y proporcionales con la naturaleza del contrato y su valor (art. 5.º Ley 1150). Estas reglas abiertas y discrecionales fueron intervenidas por el legislador y hoy con el artículo 4º y 5º de la ley 1882 de 2018 se impuso por una parte la reglamentación de los pliegos de condiciones mediante los "documentos tipo", y la imposición para las entidades estatales de aceptar experiencia tanto pública como privada. La naturaleza del pliego de condiciones es de creación jurisprudencial y ostenta una doble condición: i) define las reglas de participación que deben cumplir los interesados y futuros proponentes, pero no alcanza a ser un reglamento, por cuanto estas reglas no tienen vocación de permanencia toda vez que desaparecen cuando se adjudica el contrato, y ii) por sus especificaciones técnicas se convierte en una cláusula del contrato estatal a celebrarse. En palabras del Tribunal los pliegos de condiciones mutan al futuro contrato estatal, y se expiden en función de competencias discrecionales, por lo que suponen la opción de elegir entre varias formas de decisión, excluyendo cualquier forma de arbitrariedad, así que el acto que se expida debe estar suficientemente motivado para que se expliquen las razones que llevan a tomar la decisión siempre en exclusión de la arbitrariedad.

Se trata de una competencia discrecional (salvo para la regla de experiencia en el sector público y privado y la reglamentación de los "documentos tipo") por cuanto el legislador no agota toda la materia con la expedición de la norma sino que el acto administrativo la complementa, y ello se diferencia de las competencias regladas cuando el legislador agota

toda la materia. En materia de contratación estatal consideramos que la densidad normativa es escasa en algunos aspectos (reglas objetivas, justas, claras y completas, num. 5 art. 24 Ley 80 y requisitos mínimos habilitantes art. 5.º Ley 1150), y en otros casos, por las reformas recientes para la contratación de infraestructura, es fuerte (art. 4.º y 5.º Ley 1882 referente a los "documentos tipo" y la acreditación de experiencia en el sector público y privado). Como ejemplo podemos exponer que al regular el trámite de la licitación pública la Ley 80 de 1993 (art. 30) no indicó el término que tendrían los proponentes para preparar y presentar la propuesta, por lo tanto este plazo, que es fundante para garantizar el derecho de participación, quedó a la discrecionalidad de la Administración Pública y por lo tanto debe ser lo suficientemente razonable como para que el interesado pueda conocer a fondo el proyecto y decida presentar ofrecimiento en cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones. Finalmente, el contenido de los pliegos de condiciones está sometido a las reglas incluidas en los tratados de libre comercio suscritos entre Colombia y otros países, pero sigue siendo un contenido abierto que debe ser complementado por la Administración Pública.

3. Precisamente, para establecer un límite a estas competencias discrecionales a cargo de la Administración Pública en la elaboración de los pliegos de condiciones, proponemos que se aplique el principio de proporcionalidad, el cual exige identificar los principios o valores en conflicto para determinar cuál de ellos prevalece en materia de contratación estatal. Los dos conceptos jurídicos que están en tensión son el interés general (permiso de optimización) y la libre competencia económica (mandato de optimización).

4. En primer lugar el interés general está plasmado en la Constitución Política en el artículo 209, según el cual, la función administrativa está al servicio del interés general, por lo que no le corresponde a la Administración Pública decidir lo más conveniente, sino que depende de lo regulado por el legislador salvo que delegue dicha competencia. Si la delegación se efectúa a través de una competencia reglada, la Administración no tiene la facultad de elegir sino una única solución posible. Pero si se trata de cumplir permisos de optimización como es el interés general allí el asunto es diferente por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que, en este caso derivado de la competencia discrecional, involucra ese concepto jurídico indeterminado, y así la discrecionalidad administrativa disponga de un

margen de apreciación entre varias posibilidades, al involucrarse el interés general se encuentra el Estado en la obligación de escoger la mejor decisión posible, la más eficiente, salvo que el material probatorio no implique una única medida. Las medidas que se expidan invocando el interés general deben ser proporcionales y adecuadas con dicho fin. Si la actividad discrecional tiene como finalidad el interés general al ser un concepto jurídico indeterminado se le impone a la Administración la elección de la medida más adecuada, sin embargo en el ejercicio de potestades discrecionales hay un margen de elección en donde se le autoriza a la Administración que elija la solución más adecuada para el interés general, por lo tanto el asunto es de cualificación y de material probatorio; ello quiere decir que no hay una solución única sino que la Administración para cada caso en concreto debe adoptar una medida que satisfaga ese interés general, salvo que haya una prueba que determine que sólo es posible la única solución.

Esta posición se ve reflejada en la materia de nuestra investigación si tomamos como ejercicio la selección de proponentes para la ejecución de obras públicas, y se puede tomar como ejemplo la experiencia en una obra que debe ser tenida en cuenta por las entidades estatales para establecer unos criterios de participación que garanticen el cumplimiento de un contrato. Así que si se va a construir cualquier tipo de infraestructura, la entidad estatal debe velar porque el requisito que van a acreditar los posibles proponentes o interesados se corresponda con la ejecución de obras iguales o similares que hayan ejecutado en el pasado. La pregunta que surge es: ¿cuál es el tamaño de la experiencia que se debe exigir asociado a la protección del interés general como fuente para construir los requisitos de participación?

Decíamos en el capítulo de pliegos de condiciones que la competencia otorgada por el legislador para regular su contenido surge de una discrecionalidad política o fuerte, en donde delega en la Administración Pública algunos aspectos que deben reunir los pliegos de condiciones, por lo tanto deja un amplio margen de maniobra a las entidades estatales para regular las reglas de participación que deben cumplir los que estén interesados en presentar un ofrecimiento, lo cual supone que esta delegación de competencia al no estar estrictamente regulada constituye una discrecionalidad igualmente fuerte. Se advierte que la capacidad decisoria de la Administración Pública en la elaboración de las reglas de participación está limitada por el fin del contrato estatal que es el interés general.

Se concluye en esta investigación que el interés general es un concepto jurídico indeterminado que en principio supone la adaptación de una única solución posible. Decíamos que hay una posición jurídica, en la que se reconoce que la "solución justa" otorga un margen de apreciación a favor de la Administración, y la decisión que esta adopte será aceptable siempre que no exceda de dicho margen, o sea que no sea manifiestamente irrazonable, arbitraria o mal estudiada. En ese contexto se explica esta posición en el sentido de señalar que no existen diferencias cualitativas entre la naturaleza jurídica de la decisión que se adopta en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone la autoridad que aplica el concepto jurídico indeterminado y de la solución elegida que ejerce la facultad discrecional. En conclusión, lo que hace el concepto jurídico indeterminado es reducir la discrecionalidad a los supuestos en los cuales no resulte posible demostrar cuál es la solución correcta y así se da por válida la solución que la Administración elija entre varias posibles para el caso en concreto, y ello permite subsistir el concepto de discrecionalidad. En esos términos, como concepto jurídico indeterminado, el interés general se constituye en un límite negativo del ejercicio de facultades discrecionales, por cuanto tienen la virtud de excluir aquellas decisiones arbitrarias, ilógicas e irracionales, salvo que exista un material probatorio que haga evidente que hay una única solución posible, que es lo que se denomina la reducción a cero de la discrecionalidad; así que la diferencia entre las dos instituciones es de grado o cuantitativa y no estructural, y el margen de decisión de la Administración depende de la densidad de programación que de su actividad hagan las normas reguladoras y de las circunstancias fácticas que puedan probarse en el procedimiento administrativo.

En este caso, como decimos para la Administración Pública, el fin es la adjudicación del contrato estatal a aquel proponente que le ofrezca al Estado garantías de que va a cumplir con el objeto del contrato que, en últimas, es el interés general (la carretera, el colegio, el hospital, la infraestructura de saneamiento básico, etc.). Por lo tanto, entre más alta sea la exigencia en experiencia, mayores serán las garantías que el proponente le ofrecerá al Estado para cumplir con el objeto del contrato, que es el riesgo que se mitiga a través de la regulación en los pliegos de condiciones, de tal manera que entre las distintas opciones que tiene la Administración Pública, puede ser que elija para un contrato de obra, una experiencia equivalente a una vez el presupuesto oficial, como puede optar por exigir ocho veces el presupuesto oficial; cualquiera de esas decisiones, o una intermedia, es válida para agotar el

concepto de interés general ya que todas sin excepción garantizan el cumplimiento del contrato, por lo tanto, se convierten en medidas que favorecen dicho interés general y no pueden catalogarse como medidas arbitrarias, irrazonables o ilógicas, que sería lo único que las puede invalidar.

5. Para aplicar el test de proporcionalidad debemos conceptuar respecto del otro principio en colisión que es la libre competencia. En primer lugar, para definir el concepto de libre competencia económica, es necesario analizar el contenido de la Constitución que en su artículo 333 establece la libre competencia como un derecho y su ejercicio está limitado por el bien común. La libertad de competencia se considera una disputa entre dos o más participantes en un mercado dirigido a la obtención de un beneficio económico. La relación de competencia es horizontal entre competidores y vertical con intereses contrapuestos entre comprador y vendedor.

Señala la doctrina que la Constitución contiene normas que delimitan los derechos como es el caso de la libre competencia económica, regulada en el artículo 333 de la Constitución, y que no está en el catálogo de los derechos constitucionales sino en las disposiciones relativas al Régimen Económico y de Hacienda Pública. Se considera igualmente que este derecho le otorga a su titular la posibilidad de participar en el mercado. En la lectura del mencionado artículo 333, la libre competencia económica está limitada legalmente por el ejercicio del poder público, pudiendo el legislador delegarla en la Administración mediante competencias discrecionales. Las limitaciones al ejercicio de la libertad de competencia deben garantizar el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, en la violación de la libre competencia se puede fracturar el derecho a la igualdad el cual también debe ser respetado, y la manera sería por medio de la igualdad de trato a pesar de las diferencias que puedan surgir entre los distintos proponentes si de la materia de contratación estatal se trata. Se reitera que las competencias del legislador delimitan el alcance de la libertad económica, y por ello la libertad viene acompañada de la garantía del principio de legalidad, toda vez que, se insiste, será la ley la única que puede limitar los contornos de la libertad; por lo tanto, en otro sentido, será la misma ley la que propicie que se eviten abusos de posición dominante en el mercado por ejemplo.

Se ha indicado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el artículo 333 de la Constitución Política estableció un equilibrio entre la libertad económica y el interés general producto de la incorporación del Estado social de derecho. Además hay que entender que el concepto de libertad económica comprende tanto la libertad de empresa como la de competencia, y de acuerdo con la posición de la Corte Constitucional no se ha considerado como un derecho fundamental por cuanto las libertades económicas, como lo ha dicho la jurisprudencia, no están sometidas a la misma regulación constitucional, y la misma Constitución le concede más valor a los derechos y libertades de las personas que a los derechos y libertades de contenido patrimonial, y sobre todo que la Constitución le concede al Estado amplias facultades de intervención en materia económica.

En cuanto a la distinción de las libertades económicas, la libre empresa y la libre competencia, esta última consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones, y por ello para garantizar la libre competencia, el Estado está obligado a eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de competencia. En la celebración de contratos públicos la restricción está asociada a la imposición de criterios para la contratación que obstaculicen a uno o varios oferentes.

La libertad económica configura, entonces, situaciones jurídicas subjetivas activas; es el derecho subjetivo de ser libre, no interferido y ser libre para actuar con libertad, situación diferente del derecho objetivo donde el legislador impone condiciones y límites al concepto y a su ejercicio, de tal manera que esta libertad requiere de la intervención del legislador para su óptimo desarrollo.

En primer lugar, en cuanto a la dimensión objetiva, le corresponde al legislador asegurar la eficacia de esta libertad como derecho fundamental constitucional para garantizar las prerrogativas de mayor autonomía para ingresar al mercado, y mayor igualdad de oportunidades para competir en él. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha sido categórica en considerar la libertad de empresa como derecho fundamental. Dentro de la exploración de la naturaleza jurídica está el concepto, núcleo esencial de la libertad de empresa o económica, concepto concebido por la Corte Constitucional y que se define como una barrera interna en las posibles limitaciones que tengan los derechos, en donde el

legislador no puede acceder al igual que las otras autoridades. Sin embargo no se debe olvidar que este derecho es de amplia configuración legal, y que, justamente por la indeterminación de los derechos, se le ha otorgado al Congreso una amplia libertad para definir su alcance, el cual se refiere a la necesidad que requieren algunos derechos de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y le permita alcanzar su efectividad, no sin antes aclarar que la libertad constitucional debe ser protegida y al legislador le corresponde preservarla. En estas competencias de limitación del derecho también participan la Administración en la concreción de las limitaciones, y los jueces de tutela producto de la ponderación entre derechos.

En segundo término está la libre competencia y su comprensión en su dimensión subjetiva, facultad que es predicable de todos los derechos constitucionales. Una parte de la doctrina indica que los derechos fundamentales tienen un carácter estricto y preciso, que sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionales reconocidas y garantizadas por el derecho positivo, y que suelen gozar de tutela reforzada. Se trae a colación a Robert Alexy para señalar que la definición de derechos fundamentales supone "mandatos de optimización", que en caso de conflicto, siendo principios, se resuelven mediante la ponderación, decidiendo que prevalece el que tenga mayor peso. La libertad de empresa o económica es un derecho subjetivo, pues se halla positivado en la propia Constitución; y respecto de las acciones, para la protección de la libre competencia económica en primer lugar está la acción popular (art. 88 C.P.). La otra acción es la acción de tutela, y allí no ha habido unanimidad frente a la protección de la libertad de competencia económica por esta vía procesal, al no considerarse como un derecho fundamental, y sólo cabe su protección cuando se pruebe su conexidad con otros derechos fundamentales. Con la expedición de la ley 1437 de 2011 se establecieron medidas cautelares adicionales a la suspensión provisional de los actos administrativos cuando los mismos se ordenaron en violación al ordenamiento, por lo tanto la acción de tutela opera con mayores restricciones por cuanto para interponerse se requiere haber agotado los medios judiciales correspondientes como la acción de nulidad y conjuntamente con la demanda las correspondientes medidas cautelares y solo habría lugar a la acción de tutela cuando no se logre materializar la protección de los derechos fundamentales comprometidos con la expedición de los actos administrativos cuestionados.

Existe una relación entre la libre competencia y la contratación pública en la medida en que sus normas protegen y fomentan la competencia, siendo esta una técnica que permite al comprador público obtener los beneficios de la presión competitiva entre los particulares, así como un instrumento para disuadir al favoritismo y otras prácticas de corrupción. La contratación pública depende de los mercados y de la competencia, por tanto el diseño de las normas promueve la competencia en estricto sentido, y ello se ve reflejado en la mejor oferta en calidad y beneficio económico, ambos relacionados con la puja entre licitantes. En esos términos se podría señalar que hay violación de la libre competencia cuando el proceso de selección de contratistas restringe, a través de sus reglas, la materialización de la pluralidad de oferentes con el argumento de que se está impidiendo la obtención de un descuento para la entidad contratante y el sacrificio de obtener una buena oferta que se considere más conveniente.

El análisis jurisprudencial donde se ha interpuso la acción de tutela y se involucró la libre competencia económica está en la Sentencia T-147 de 1994, en la cual se planteó una vulneración del derecho a la igualdad y la libre competencia económica en la elaboración de unos pliegos de condiciones que establecieron un privilegio en la adjudicación de puntos para aquel que demostrara haber permanecido los últimos seis meses en el municipio donde se surtió la convocatoria pública; la Corte decidió que, a pesar de estar consumada la violación, los pliegos de condiciones vulneraban los derechos de igualdad y libre competencia.

A su vez, en la Sentencia T-154 de 1998 se planteó una acción de tutela contra unos pliegos de condiciones que regulaban criterios subjetivos. La Corte consideró que la licitación es un procedimiento que sirve para garantizar la libertad e igualdad de concurrencia de los interesados, y que los pliegos de condiciones contienen las reglas y exigencias que deben cumplir los interesados. Y en lo que tiene que ver con la interposición de la acción de tutela advirtió que se deben agotar los medios judiciales antes de interponerla, a la vez que señaló que los medios judiciales no son idóneos para evitar un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, en la Sentencia SU-182 de 1998 se revisó una tutela contra la entidad reguladora de Telecomunicaciones frente a una convocatoria pública, estudiando el derecho de igualdad y estableciendo que se trata de una garantía constitucional que impide que entre los interesados se otorgue un privilegio a alguno o algunos de ellos, o gocen de ventajas

carentes de justificación o se vean enfrentados a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionadas frente a los demás participantes, y en esos términos se requiere que se garantice la igualdad de trato. En esa sentencia hay un salvamento de voto que reconoce que la libre empresa no es un derecho fundamental y por lo tanto no puede ser amparada por vía la acción de tutela.

Por último, en otra Sentencia SU-713 de 2006 se interpuso una acción de tutela por violación del debido proceso, el derecho a la igualdad, la libre competencia económica, la buena fe y la confianza legítima. Para la Corte los derechos involucrados son el derecho de igualdad y la libre competencia, y la licitación se convierte en un mecanismo para asegurar que se elija al mejor contratista a través de la comparación del mayor número de ofertas entre todos los empresarios que estén en capacidad de contratar en un proceso de igualdad de trato. Se deben agotar los medios judiciales para que se pueda interponer la acción de tutela.

Por lo tanto, concluimos que al no considerarse como derecho fundamental, la libre competencia no se puede someter a un juicio de proporcionalidad, en tanto que siendo el interés general un principio constitucional fundante en el Estado social de derecho probablemente prevalecería siempre frente al intento de ponderarlo con este derecho, por lo tanto es necesario acudir a la conexidad y sería con el derecho de igualdad, ratificado por las sentencias en las que la Corte Constitucional ha revisado los debates en procesos de selección de contratistas.

6. Antes de definir el principio de proporcionalidad es preciso proceder a establecer si los aspirantes interesados en presentar un ofrecimiento al Estado, y discuten con este las reglas de participación, verdaderamente están en una situación de igualdad que pueda ser alegada ante la respectiva entidad. La razón de verificar la vulneración del derecho de igualdad se encuentra en las conclusiones que surgieron con el análisis del derecho constitucional a la libre competencia económica, en donde encontramos que a pesar de elevarse a rango constitucional dicho derecho, se ubicó en la Constitución Económica y ello implicó frente a los derechos fundamentales que estos derechos económicos tienen menor prevalencia en el ordenamiento, con lo cual se consideran en principio no fundamentales, dejando la salvedad de que cuanto estos derechos económicos obran en conexidad con derechos fundamentales,

para la doctrina y la jurisprudencia se convierten en fundamentales, derivando de ello dos consecuencias:

La primera que al aplicar un test de proporcionalidad no es lo mismo que colisionen el principio de interés general con un derecho de menor prevalencia como la libre competencia económica pues tendría mayor peso el interés general imponiéndose el contenido del pliego de condiciones sin tener ninguna posibilidad de generar un debate frente a sus reglas. Pero si la libre competencia económica entra en conexidad con el derecho de igualdad al ser un derecho fundamental la colisión con el interés general haría que se presentaran argumentos de parte y parte, y allí la entidad estatal tendría que justificar y motivar sus decisiones en torno a la regulación de sus reglas de participación para mantenerlas en el contenido de los pliegos de condiciones, pues lo contrario le daría más peso al ejercicio de la libre competencia y el derecho de igualdad favoreciendo su amplitud permitiendo el mayor número de licitantes a competir por la adjudicación del contrato.

En segundo lugar operarían los mecanismos de protección judicial y específicamente la acción de tutela, y en relación con la contratación pública se trataría de la vulneración de la libre competencia económica prevista en el artículo 333 constitucional en conexidad con el derecho de igualdad (art. 13 C.P.).

Para efectos de lo anterior debemos acercarnos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha emitido fallos aplicando para ello el juicio integrado de igualdad.

Para estudiar la vulneración del derecho de igualdad y libre competencia económica la Corte Constitucional explica que el derecho de igualdad carece de contenido material específico y no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, siendo su característica más importante su carácter relacional. Se trata de problemas jurídicos de discriminación, de diferencia de trato. La igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de discriminación. La Constitución no prohíbe el trato desigual sino el discriminatorio, como aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida; *a contrario sensu*, la justificación de la diferencia consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. El trato legal igual no requiere

justificación, en tanto que el trato desigual exige una mayor carga de argumentación para quien decide, por cuanto una medida que genere un trato distinto que no obedezca a razones constitucionalmente válidas deja de ser un supuesto del derecho a la igualdad y pasa a convertirse en un acto discriminatorio. En conclusión, quien establece un trato discriminatorio debe justificarlo.

Para el control de constitucionalidad, la Corte Constitucional aplica el test de igualdad, y su carácter relacional acarrea una pluralidad de normas tales como el principio "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", de la cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte, una mandamiento de tratamiento igual sustentado en el artículo 13 constitucional que obliga a dar el mismo trato a supuesto de hechos equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y un trato desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Esta regla se descompone en cuatro mandatos: i) trato idéntico a destinatarios en circunstancia idénticas; ii) trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común; iii) trato paritario para las situaciones que presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y iv) trato diferenciado a destinatarios que estén en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

La igualdad en el artículo 13 de la Constitución obra como principio que supone un deber de obligatorio cumplimiento para las autoridades y un derecho de igualdad como derecho subjetivo que se concreta con deberes de abstención tales como la prohibición a las autoridades de actuar con discriminación, estando las autoridades, por el contrario, obligadas a otorgar un trato desigual cuando se establecen diferencias con justificación constitucionalmente válida.

Para la Corte se trata de la necesidad de aplicar tres etapas para verificar el concepto de igualdad:

a) Se debe establecer cuál es el criterio de comparación para determinar si son susceptibles de ser comparados los sujetos porque se trata de la misma naturaleza. En materia de contratación estatal la comparación consiste en establecer si entre las opciones que ofrece el

mercado de proponentes, cuáles teniendo características distintas puedan ejecutar el objeto del contrato y otorgar garantías para su cumplimiento.

b) Se debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales o entre diferentes. En materia de contratación estatal los proponentes tienen experiencia, capacidad financiera y organización diferenciales y sólo tienen en común que están en capacidad técnica, legal y financiera de ofrecerle garantías a las entidades estatales para cumplir con el objeto del contrato.

c) Se debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en igual forma. En materia de contratación estatal el tratamiento diferencial no tiene ninguna justificación por cuanto los proponentes excluidos están en capacidad de cumplir con fines constitucionalmente válidos como el interés general que se materializa en el objeto de un contrato

Finalmente, la Corte concluyó para el tema de contratación estatal:

a) Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa;

b) Todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas;

c) Los pliegos de condiciones, o los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, y

d) El deber de selección objetiva del contratista impone la evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente.

Y así la Corte descompone en cuatro mandatos que tienen sustento en el artículo 13 de la Constitución, con el propósito de proteger a los titulares de este derecho fundamental frente a comportamientos discriminatorios de las autoridades que carecen de justificación y que para nuestros propósitos serían los siguientes:

i) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común;

ii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y

iii) un mandato que establezca diferencias para destinatarios que no tienen ningún elemento en común, y sería el caso de aquellos empresarios o profesionales que no poseen las condiciones mínimas con las cuales le ofrezcan al Estado las garantías mínimas para cumplir con el objeto del contrato, por ejemplo el caso para la adjudicación de un contrato de obra que en se presente un ingeniero civil que acredita la tarjeta profesional pero no posee ningún tipo de experiencia en la ejecución de obras, y la ley de contratación exige una experiencia mínima. O el caso de un empresario que no acredita capital de trabajo por lo que en caso de incumplimiento de la entidad estatal en los pagos parciales debe suspender la obra hasta tanto se le pague paralizando el cumplimiento de los fines estatales, en este caso el interés general.

iv) un mandato de trato igual por tratarse de destinatarios que poseen las garantías suficientes y necesarias derivadas de sus capacidades técnicas, financieras y legales para cumplir con el objeto del contrato, pero que entre sí tienen diferencias en experiencia, capacidad financiera y organización, y que a pesar de estas diferencias pueden ejecutar el objeto del contrato y lograr su cumplimiento, lo cual es relevante en la medida en que se cumplen los fines estatales representados en el interés general.

A continuación se propone realizar el ejercicio con un ejemplo: se trata del municipio de Chía (Cundinamarca) con la con la Licitación Pública n.º LP-29 -2018[310] y con el siguiente objeto: CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL (CAM) DE CHÍA -

310 [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-11-8793732]

CUNDINAMARCA. No se presentaron ofertas y se declaró desierta la licitación. Se requirió la siguiente experiencia general y específica:

EXPERIENCIA GENERAL:
El proponente deberá acreditar la ejecución de TRES (3) contratos de obra de construcción de edificaciones verticales cubiertas de uso institucional o administrativo con las siguientes características:
Acreditar una altura igual o superior a 2 pisos. Que la sumatoria del Área Construida Cubierta sea mayor o igual a 19.000 m^2. Que uno de los contratos tenga como mínimo un área cubierta construida de 9.500 m^2.
En caso de presentar obras privadas, debe adjuntar copia de licencia de construcción a nombre del propietario.
De igual manera los contratos deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes y cada uno deberá acreditar como mínimo diez (10) de los siguientes códigos UNSPSC:
En la clasificación de UNSPSC se solicita lo siguiente:
721211 Servicios de construcción de edificios comerciales y de oficina
721411 Servicios de pavimentación y superficies de edificios de infraestructura
721514 Servicios de construcción de recubrimientos de muros
721515 Servicios de sistemas eléctricos
721519 Servicios de albañilería y mampostería
721520 Servicios de pañetado y drywall
721521 Servicios acústicos y de aislamiento
721522 Servicios de baldosas Terrazo y mármol y mosaicos
721524 Servicios de montaje e instalación de ventanas y puertas
721525 Servicios de instalación de pisos
721526 Servicios de techado y paredes externas y láminas de metal
721527 Servicios de instalación y reparación de concreto
721529 Servicios de montaje de acero estructural
721536 Servicios de terminado interior, dotación y remodelación
721537 Servicios de instalación, mantenimiento y reparación de equipos y construcción de parqueaderos
721540 Servicios de edificios especializados y comercios

La sumatoria de los contratos presentados en SMMLV deberá ser igual o superior al 100 % del presupuesto oficial.
Este criterio se determinó conforme la cuantía del proceso a desarrollar, ya que los contratos a demostrar en la experiencia general deben contar con una cuantía representativa y se estableció un rango mínimo en porcentaje que permite demostrar proyectos de gran envergadura a nivel de infraestructura, sin ir en contravía de los principios de transparencia y pluralidad de oferentes.
EXPERIENCIA ESPECÍFICA:
El proponente deberá acreditar la ejecución de un (1) contrato de obra adicional y diferente a los de la experiencia general, el cual deberá cumplir con lo siguiente:
Que su objeto haya consistido en la Construcción de EDIFICIOS DE OFICINAS y/o CENTROS ADMINISTRATIVOS.
Que haya contemplado obra vertical igual o mayor a 4 pisos y sótano.
Que haya tenido un área Construida Cubierta mayor o igual a 19.000.00 m^2.
Que adicionalmente se hayan ejecutado las siguientes actividades de obra:
Pilotes diam. = o > 50 cm. y 9139 ml.
Estructura metálica > 146.800 Kg
Acabados de pisos > 9.800 m^2
Fachada flotante = > 2.000 m^2
Ascensor más de 2 ascensores
Sistema contra incendios global
Sistema de aire acondicionado global
Auditorio 570.00 m^2, capacidad mayor o igual a 150 personas

Área parqueo cubierta > 1.000 m^2
Nota: el contrato con el cual se acredite la experiencia específica deberá ser diferente a los que se presenten para acreditar la experiencia general.
De igual manera el contrato debe estar inscrito en el Registro Único de Proponentes en cada uno los códigos UNSPSC descritos a continuación:
721211 Servicios de construcción de edificios comerciales y de oficina
721411 Servicios de pavimentación y superficies de edificios de infraestructura
721514 Servicios de construcción de recubrimientos de muros
721515 Servicios de sistemas eléctricos
721519 Servicios de albañilería y mampostería
721520 Servicios de pañetado y drywall
721521 Servicios acústicos y de aislamiento
721522 Servicios de baldosas Terrazo y mármol y mosaicos
721524 Servicios de montaje e instalación de ventanas y puertas
721525 Servicios de instalación de pisos
721526 Servicios de techado y paredes externas y láminas de metal
721527 Servicios de instalación y reparación de concreto
721529 Servicios de montaje de acero estructural
721536 Servicios de terminado interior, dotación y remodelación
721537 Servicios de instalación, mantenimiento y reparación de equipos y construcción de parqueaderos
721540 Servicios de edificios especializados y comercios
Cuyo valor expresado en smmlv deberá ser igual o superior al 75% del presupuesto oficial.
[…].

Se presentaron las siguientes observaciones respecto de la experiencia general y especifica: a. Documento de fecha 20 de noviembre de 2018. Formato de respuestas presentadas al proyecto de pliegos de condiciones de la convocatoria pública LP No. 029 de 2018 que tiene por objeto "Construcción del Centro Administrativo Municipal (CAM) de Chía, Cundinamarca". Se registran las siguientes observaciones frente al plazo para preparar y presentar oferta:

1. Mediante oficio del 22 de noviembre de 2018 Proyectos CAT sobre la experiencia especifica solicita que incluya la construcción de edificaciones comerciales teniendo en cuenta que estos son de similar magnitud.

Esta es la respuesta del municipio de Chía no se admite la observación y estoy indica:

"*Respuesta*: Con respecto a las observaciones se informa que una vez verificado el proyecto de pliego de condiciones y los documentos que hacen parte integral del presente proceso frente al numeral 2.7.1 Experiencia, en la Experiencia Específica se encuentra que lo requerido por la entidad es acorde y proporcional con la normatividad vigente establecida para la contratación estatal, sin vulnerar la libre participación de las empresas que están interesadas en presentarse, por lo que el proyecto de pliego de condiciones en el numeral mencionado plantea una serie de requisitos que podrán ser de libre acreditación por parte de los posibles proponentes, ya que los

mismos son conforme un análisis y determinación de la necesidad que requiere la entidad para desarrollar el proyecto cuyo fin es atender las exigencias de la comunidad en el sector institucional".

Agrega adicionalmente: "Se resalta que de acuerdo a su solicitud se está requiriendo para la experiencia específica, un objeto donde se plantea la acreditación de construcción de edificio de oficinas y/ centros administrativos, ya que el proyecto que se pretende ejecutar en su proyección son sistemas de oficinas con uso institucional que centralicen el funcionamiento de la administración municipal".

Finalmente recomienda lo siguiente: "Se destaca que los oferentes que no reúnan las condiciones referentes a los pliegos de condiciones se da la opción de participar mediante la figuras de consorcio o unión temporal prevista en el artículo 7.º de Ley 80 de 1993 y conforme a las previsiones allí señaladas".

2. La firma Contein S.A.S. en oficio del 8 de noviembre de 2018 solicita cambiar la especificación técnica porque "esta direccionada a un proyecto", y para cumplirla debe ser con un solo contrato, por lo tanto solicitan que se pueda demostrar en cinco contratos.

Se niega la solicitud.

La misma firma solicita que se elimine la exigencia de los diez grupos en el RUP.

No se acepta la observación.

3. La firma Alca Ingeniería con observación del 7 de noviembre de 2018 sostiene lo siguiente:

Por medio de la presente y una vez revisado los borradores de los pliegos de condiciones de la licitación de la referencia, queremos manifestar nuestro descontento con las exigencias que la entidad quiere utilizar la adjudicación de este contrato.

Cabe anotar que dichos requerimientos plasmados en el borrador de pliegos atentan en todo sentido con la pluralidad de oferentes y la legalidad del proceso. Teniendo en cuenta que claramente se muestra como un proceso de difícil participación y de aspectos direccionados a

favorecer a algún proponente a conveniencia de la entidad, todo esto se fundamente con los siguientes requerimientos:

Experiencia

Para la parte de experiencia general el pliego establece la siguiente condición: "El proponente deberá acreditar tres (3) contratos ejecutados, terminados, los cuales deberán cumplir así:

Acreditar una altura igual o superior a 2 pisos

Acreditar la sumatoria del Área Construida Cubierta sea mayor o igual a 19.000 m^2

Que uno de los contratos tenga como mínimo un área cubierta construida de 9.500 m^2

En caso de presentar obras privadas, debe ajustar copia de licencia de construcción a nombre del propietario

De igual manera los contratos deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes y cada uno deberá acreditar como mínimo diez (10) de los siguientes códigos UNSPSC.

[…]

Dentro de estos requerimientos queremos llamar la atención que la mayoría de los códigos solicitados dentro del proceso son los más específicos que pudieran haber puesto, ya que dentro de los códigos de clasificación que existen para las obras de Construcción de Edificaciones podemos encontrar casi 300 referentes al tema, por esta razón es que las entidades que quieren hacer procesos de selección transparentes y viables colocan son los códigos más generales que se pueden encontrar, un ejemplo de esto es el siguiente:

(…)

La diferencia se nota a simple vista, mientras en un proceso normal de licitación nos solicitan como experiencia códigos generales de construcción de edificaciones, dentro de este proceso extrañamente nos piden son los códigos específicos de actividades de construcción, además de esto solicitan que obligatoriamente el contrato se encuentre registrado en diez (10) de los códigos solicitados.

No contentos con esto adicional a la experiencia general solicitan un (1) contrato de experiencia especifica que tienen que ser totalmente diferentes a los presentados como experiencia genera, esto hace que para cumplir con la totalidad de la experiencia solicitada debemos presentar 4

(cuatro) contratos que a su vez cada uno me cumple con el registro de los 10 (diez) códigos UNSPSC.

Por lo tanto solicitamos a la entidad valorar lo anteriormente descrito y que dentro de los pliegos definitivos del proceso se vean reflejados cambios sustanciales en este aspecto".

No se acepta la observación.

4. La empresa Ll Ying en oficio del 14 de noviembre de 2018 solicita que se publiquen los análisis de los precios unitarios.

La respuesta de la entidad es que están disponibles en las oficinas del municipio.

5. La Cámara Colombiana de la Infraestructura en oficio del 16 de noviembre de 2018 sobre la experiencia general y específica, y luego de trascribirla considera:

"En primera instancia consideramos altamente restrictivos los requisitos impuestos por la alcaldía para la acreditación de experiencia general y especifica; las particularidades solicitadas en los contratos hacen que sea improbable la presentación plural de empresas idóneas, con la capacidad técnica suficientes para llevar a cabo una obra con estas características.

Es por esto, que solicitamos a la entidad modificar la experiencia para que permita la participación abierta y transparente de empresas constructoras y sugerimos que se sustituya por un objeto o alcance global que incluya las particularidades del proyecto, para esto se propone la siguiente redacción:

El oferente debe acreditar en su oferta, que cuenta con experiencia específica en CONSTRUCCIÓN O AMPLIACIÓN DE EDIFICACIONES. Mínimo uno (1) de los contratos aportados deber ser de CONSTRUCCIÓN O AMPLIACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO INSTITUCIONAL por valor igual o superior al 75% del valor del presupuesto oficial expresado en smlmlv a la fecha de terminación. Y para la acreditación de contratos, 1 para un valor igual al 75% del presupuesto, 2 contratos para el 100% del presupuesto, y de 3 a 6 contratos 150% presupuesto oficial.

Agrega que la exigencia de área construida va en contravía del numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, y solicitan su eliminación.

Se niega la observación.

6. Constructora Conconcreto en oficio del 16 de noviembre de 2018 solicita se amplíe la experiencia a tres contratos.

Se niega la observación.

Camacol B&C en oficio del 16 de noviembre de 2018 trascribe la experiencia exigida en los proyectos de pliegos y argumentan que no encuentran una razón precisa para solicitar una experiencia especifica tan limitado en cuanto al número de contratos y las cantidades y actividades específicas de obras y la clasificación de códigos UNSPSC, y se solicita se ajuste esta experiencia a la exigencias del Manual de Colombia Compra eficiente.

No se acepta la observación

La Cámara Colombiana de Infraestructura propuso la redacción de la experiencia a consideración de municipio de Chía sin que este hubiera aceptado la observación:

> El oferente debe acreditar en su oferta, que cuenta con experiencia especifica en CONSTRUCCIÓN O AMPLIACIÓN DE EDIFICACIONES. Mínimo uno (1) de los contratos aportados deber ser de CONSTRUCCIÓN O AMPLIACIÓN DE ESTABLECIMIENTO INSTITUCIONAL por valor igual o superior al 75% del valor del presupuesto oficial expresado en smlmlv a la fecha de terminación. Y para la acreditación de contratos, 1 para un valor igual al 75% del presupuesto, 2 contratos para el 100% del presupuesto, y de 3 a 6 contratos 150% presupuesto oficial.

Consideramos que al invocar el interés general en la confección de los requisitos de participación para la elaboración de los pliegos de condiciones las entidades estatales generan medidas que sin ningún tipo de justificación diferencian entre licitantes con lo cual igualmente terminan creando un privilegio para todos aquellos que pueden cumplir con las reglas que a primera vista se notan abusivas o irracionales.

En el caso que se analiza el objeto del contrato es la Construcción del Centro Administrativo Municipal (CAM) de Chía, Cundinamarca, y el municipio de Chía está solicitando para garantizar el cumplimiento del contrato una medida que permita oferentes que hayan ejecutado en tres contratos una experiencia general en la construcción de dos pisos o más, con un área construida igual o mayor de 19.000 m^2, que uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2, que en la relación de UNSPSC se cumplan por lo menos diez categorías. Y en experiencia específica en un contrato diferente a la experiencia general se

acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor a cuatro pisos, y sótano y cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente cumplir con la relación de especificaciones técnicas de obra relacionadas, cumplimiento de diez de los quince registros de UNSPSC, cuyo contrato debe ser equivalente al 75% del valor del presupuesto oficial, que sería una medida que no pondría en riesgo los fines del contrato a adjudicar.

Si aplicamos "(iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias…", obligaría a someter esta medida a un test de proporcionalidad ya que el municipio de Chía exige una medida que cumpla con el propósito de garantizar la terminación del contrato, pero no permitiendo que puedan participar otros proponentes que podrían eventualmente ofrecer esta garantía, como sería la propuesta de la Cámara Colombiana de Infraestructura como ente que agrupa el gremio de constructores en Colombia, que permitiría oferentes que acrediten experiencia en construcción o ampliación de edificaciones en un contrato que tenga por objeto la Construcción o ampliación de establecimientos institucionales con un valor equivalente al 75% del presupuesto oficial; si se acredita la experiencia en dos contratos se incrementa la experiencia al 100% y con tres a seis certificaciones con el presupuesto oficial equivalente al 150% del presupuesto oficial; tanto los unos como los otros a pesar de sus diferencias en términos de capacidad técnica tienen en común que pueden ejecutar el objeto del contrato a adjudicar la obra.

Finalmente, al establecer que se puede presentar una violación de la igualdad de trato se debe realizar el juicio de proporcionalidad en sus distintas acepciones –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en estricto sentido– respecto del trato diferenciado. Con este análisis se valoran los motivos y razones que fueron expresados al momento de sustentar la medida estudiada y obtener la finalidad pretendida, todo lo cual supone un estudio de adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados respecto del fin perseguido.

Entonces, una vez efectuado el análisis en cuanto a la igualdad de trato, y demostrado que no se está dando el mismo trato a oferentes que están en condiciones técnicas, financieras y legales para garantizarle al Estado el cumplimiento del contrato, se pasa a un juicio de proporcionalidad como lo propone la Corte Constitucional, y para ello seguiremos utilizando el ejemplo anterior.

7. En la introducción al principio de proporcionalidad mencionamos que las reglas y principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser, y los principios al igual que las reglas son razones para juicios concretos de deber ser, así que la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas. Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, en tanto que las reglas serían de un grado de generalidad bajo.

Una diferencia relevante entre reglas y principios es que estos últimos no poseen un contenido definitivo y deben ser concretados. En la Constitución encontramos una categoría de normas que, a diferencia de las reglas, tiene un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico y se consideran "mandatos de optimización", lo que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles. Se trata de normas que no llevan en su estructura un claro supuesto de hecho, ni una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico más amplio que las reglas, en una cuestión de grado. En el caso de las reglas se aplica el criterio de interpretación de subsunción, en tanto que para los principios el razonamiento jurídico es la ponderación: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".

El artículo 209 de la Constitución regula la función administrativa y señala que está al servicio del interés general, siendo los contratos estatales parte de la función administrativa y por lo tanto al servicio de este interés general. Igualmente en el artículo 333 de la Constitución el bien común se convierte en una limitante de la libre competencia económica, al señalar que las medidas que se adopten en invocación del interés general deben ser razonables y proporcionales, y estar debidamente justificadas, ya que la supremacía del interés general no puede ser una cláusula abierta que le permita al Estado actuar sin límite, y una actuación que tenga este resultado equivale a la arbitrariedad. Encontramos adicionalmente que el interés general se considera un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta y razonable, y su sola invocación no es válida para soportar una decisión administrativa pues se convertiría en una regla general y todo estaría vinculado para garantizar dicho interés general.

Si la Constitución Política garantiza la prevalencia del interés general sobre el particular no puede significar que en todos los casos en los cuales sea ejercida la libertad económica deba prevalecer el interés general, sino que debe haber una confrontación entre las dos categorías constitucionales máxime si en el ejercicio de la libertad de competir está comprometido el derecho a la igualdad. Entonces, en materia de contratación estatal hay una tensión entre el interés general, que es su finalidad, y el derecho constitucional no fundamental de la libre competencia, en concurso con el derecho de igualdad, la cual debe ser resuelta mediante el juicio de proporcionalidad.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo jurídicamente posible, de allí que los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, y la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas. Uno de los principios tiene que ceder ante el otro sin que se declare inválido el principio desplazado ni que sea necesario introducir al principio desplazado una cláusula de excepción; por cuanto los principios tienen diferente peso y prima el que tenga mayor peso. El conflicto de reglas se resuelve introduciendo en una regla una cláusula de excepción, o declarando inválida al menos una, con lo cual queda eliminada del ordenamiento, y para ello se aplican reglas como la de "ley posterior deroga ley anterior" o la de "ley especial deroga ley general".

Los principios permiten interpretar el derecho conforme a su evolución en el tiempo, ya que al ser normas abstractas generales no puntualizan en casos específicos, como sí ocurre con las reglas; en otras palabras, los principios tienen mayor alcance y deben ser interpretados no por su literalidad sino por su carácter teleológico. Las reglas requieren su subsunción para ser aplicadas, en tanto los conflictos entre principios al no haber jerarquías se ponderan. Los principios suponen las bases fundamentales del sistema jurídico sirviendo para la protección de los derechos, por lo tanto un violación de un principio es una ofensa para todo el sistema normativo, y eso incluye el derecho de participación el cual debe ser respetado en las licitaciones públicas.

La aplicación del principio de proporcionalidad invocado por los recurrentes en procesos contencioso administrativos parte de la base de competencias en las cuales la administración tiene un margen de actuación, pues de lo contrario la actuación está reglada y allí el control

sería de legalidad sobre las normas reguladoras del acto administrativo. Por lo tanto, en el control del ejercicio de competencias discrecionales estaría plenamente justificado el principio de proporcionalidad, como sería el caso de la contratación pública donde el legislador no agota toda la materia en la elaboración de los pliegos de condiciones y delega en la Administración Pública su concreción. La ponderación da como resultado la creación de reglas que se han de tener en cuenta para la futura resolución de casos y que se constituyen en criterios que refuerzan la argumentación y que se denominan "reglas de prevalencia condicionada". Los contratos administrativos podrán ser objeto de un juicio de proporcionalidad, especialmente en lo referente a los requisitos para ser contratista. En cuanto a las consecuencias en las que el principio de proporcionalidad genera un control objetivo y donde la decisión o los medios se califican como inadecuados, innecesarios o desproporcionados respecto de los fines perseguidos, será declarada nula la actuación administrativa, y por ello difiere del desvío de poder, que es una calificación subjetiva del comportamiento del servidor público.

La Administración Pública está sometida al principio de proporcionalidad cuando se trata de competencias discrecionales. Una medida es proporcionada cuando existe, por un lado, una relación de adecuación entre los medios y los fines, y por otro, un equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y en sentido amplio se distinguen tres subprincipios: el de adecuación, idoneidad o congruencia; el de intervención mínima, menor lesividad o exigibilidad, y el de proporcionalidad en estricto sentido.

7.1. En primer lugar, toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente válido. Someteremos al subprincipio de adecuación el ejemplo atrás enunciado.

En la contratación estatal el fin constitucional es el interés general y para ser un concepto jurídico indeterminado se requiere que se concrete. En el ejemplo el municipio de Chía decidió ordenar la Licitación Pública n.º LP-29 -2018 con el siguiente objeto: "CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL (CAM) DE CHÍA, CUNDINAMARCA". Por lo tanto el fin constitucionalmente válido consistía en la construcción de la sede administrativa del municipio de Chía, para lo cual el municipio decidió elaborar unos pliegos de condiciones en los cuales optó, como medio para seleccionar al contratista el siguiente

criterio de experiencia general: En tres contratos la acreditación de construcción de dos pisos o más, con área construida igual o mayor de 19.000 m^2, y uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2; adicionalmente de la relación de códigos UNSPSC deben cumplir por lo menos diez. Con respecto de la experiencia específica se solicita un contrato diferente a los tres anteriores que acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor de cuatro pisos y sótano, cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente haber ejecutado la relación de especificación técnica de obra y se agrega que debe cumplir con diez de los códigos UNSPSC que relaciona el pliego de condiciones, en donde el contrato debe ser igual al 75% del presupuesto oficial.

De las exigencias anotadas se consideró que la experiencia solicitada por el municipio de Chía, siendo el medio elegido para fomentar el fin buscado, o una relación lógica de congruencia, esto es, ubicar a todos aquellos que cumplan con esta experiencia en obra serian idóneos para construirle la sede administrativa, por lo tanto sería adecuada y congruente por cuanto garantizaba que en el futuro el contratista seleccionado le pudiera cumplir a la Alcaldía de Chía la ejecución de la obra.

7.2. En segundo término, toda intervención en los derechos fundamentales se debe realizar con la medida más favorable de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

Para ello recordaremos que la Cámara Colombiana de Infraestructura propone una corrección al pliego de condiciones que solo suponga la acreditación de experiencia en construcción o ampliación de edificaciones en un contrato que tenga por objeto la Construcción o ampliación de establecimientos institucionales con un valor equivalente al 75% del presupuesto oficial; si se acredita la experiencia en dos contratos se incrementa la experiencia al 100% y con tres a seis certificaciones con el presupuesto oficial equivalente al 150% del presupuesto oficial. Entonces esta franja de oferentes que tengan esta experiencia es la que quedaría discriminada o quedó por fuera del proceso de selección.

La verificación del subprincipio de necesidad se propone a través del siguiente ejemplo de Robert Alexy: la constelación más simple está caracterizada porque en ella entran en juego dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado y ciudadano).

El Estado persigue un fin F con el principio P_1 – F es idéntico a P_1.

Existen por lo menos dos medios M_1 y M_2 que son igualmente adecuados para promover F.

M_2 afecta menos intensamente que M_1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P_2.

Bajo esos presupuestos, para P_1 es igual que se elija M_1 o M_2, P_1 exige que se elija M_1 en lugar de M_2, o M_2 en lugar de M_1. En cambio, para P_2 no es lo mismo que se elija a M_1 o M_2, en tanto exige un mandato de optimización en lo que respecta tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. En cuanto a las posibilidades fácticas, P_2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M_2 y no M_1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez tanto de P_1 como de P_2, sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido (Robert Alexy).

Los dos principios que entran en juego son, por una parte, el *interés general*, y de otra, la *libre competencia económica*, y los sujetos jurídicos serían, por una parte, el Estado, esta vez representado por el municipio de Chía, y por otra, todos aquellos constructores que estarían dispuestos a ejecutar la obra.

El Estado persigue un fin F (CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL (CAM) DE CHÍA (CUNDINAMARCA) con el principio P_1 – F es idéntico a P_1 (CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL (CAM) DE CHÍA (CUNDINAMARCA).

Existen por lo menos dos medios M_1 (una medida que permita oferentes que hayan ejecutado en tres contratos una experiencia general en la construcción de dos pisos o más, con un área construida igual o mayor de 19.000 m^2, que uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2, que en la relación de UNSPSC se cumplan por lo menos en diez categorías. Y en experiencia específica en un contrato diferente a la experiencia general se acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor a cuatro pisos y sótano y cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente cumplir con la relación de especificaciones técnicas de obra relacionadas, cumplimiento con diez de los quince registros de UNSPSC, cuyo contrato debe ser equivalente al 75% del valor del presupuesto oficial).

Y M_2 (una medida propuesta por la Cámara Colombiana de Infraestructura como ente que agrupa el gremio de constructores en Colombia, que permita oferentes que acrediten experiencia en construcción o ampliación de edificaciones en un contrato que tenga por objeto la Construcción o ampliación de establecimientos institucionales con un valor equivalente al 75% del presupuesto oficial; si se acredita la experiencia en dos contratos se incrementa la experiencia al 100% y con tres a seis certificaciones con el presupuesto oficial equivalente al 150% del presupuesto oficial), que son igualmente adecuados para promover F).

M_2 afecta menos intensamente que M_1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P_2 (libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad).

Bajo esos presupuestos, para P_1 (CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL (CAM) DE CHÍA (CUNDINAMARCA) es igual que se elija M_1 o M^2, P_1 exige que se elija M_1 en lugar de M_2, o M_2 en lugar de M_1. En cambio para P_2 (libre competencia económica) no es lo mismo que se elija a M_1 o M_2, en tanto exige un mandato de optimización en lo que respecta tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. En lo que respecta a las posibilidades fácticas, P_2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M_2 y no M_1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez tanto de P_1 como de P_2, sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.

Al confrontar los datos del proceso analizado encontramos que la teoría de Robert Alexy[311] cabe perfectamente en el caso propuesto, y al ponderar se demuestra la vulneración del derecho a la igualdad y la libre competencia económica.

Vemos a varios constructores interesados en participar en el proceso licitatorio abierto por el municipio de Chía, incluso el gremio que agrupa los constructores en Colombia que cuestionan la regla de la experiencia general y específica, que se trata de una medida que sólo permite oferentes que hayan ejecutado en tres contratos una experiencia general en la

[311] Ob. cit., pp. 113 y 114.

construcción de dos pisos o más, con un área construida igual o mayor de 19.000 m^2, que uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2, que en la relación de UNSPSC se cumplan por lo menos en diez categorías. Y en experiencia específica en un contrato diferente a la experiencia general se acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor a cuatro pisos y sótano y cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente cumplir con la relación de especificaciones técnicas de obra relacionadas, cumplimiento con diez de los quince registros de UNSPSC, cuyo contrato debe ser equivalente al 75% del valor del presupuesto oficial. Los constructores interesados, se reitera, cuestionan la regla de experiencia e incluso la Cámara Colombiana de Infraestructura propone una redacción de la regla de experiencia general y específica y que consiste en una medida que permite un mayor número de oferentes por cuanto solo tienen que acreditar experiencia en construcción o ampliación de edificaciones en un contrato que tenga por objeto la Construcción o ampliación de establecimientos institucionales con un valor equivalente al 75% del presupuesto oficial; si se acredita la experiencia en dos contratos se incrementa la experiencia al 100% y con tres a seis certificaciones con el presupuesto oficial equivalente al 150% del presupuesto oficial).

Entonces, al revisar el subprincipio "necesidad" para hacer el juicio de ponderación, cuando se confronta el *interés general* contra el *derecho a la igualdad* y la *libre competencia económica sólo estaría permitida* la medida propuesta por la Cámara Colombiana de Infraestructura y la medida propuesta por el municipio de Chía estaría prohibida.

Por otra parte, ya demostrado por el anterior método de Robert Alexy que la medida propuesta por el municipio de Chía estaría prohibida al lesionar la Constitución Política en sus artículos 13, 88 y 333 Constitucionales, procederemos a elaborar el método de medidas que produzcan la intervención mínima y la menor lesividad de Desdentado:

1) *Acopio de datos*: permite identificar los intereses en juego que deberán ser considerados al momento de tomar la decisión.

En este caso los datos ya están suministrados. Se trata de una licitación pública ordenada por el municipio de Chía para la construcción de un centro administrativo. Para lograr este propósito exigió vía pliegos de condiciones entre los requisitos mínimos habilitantes una

serie de criterios para construir la experiencia mínima de los que pretendieran presentar un ofrecimiento y que ya se presentaron al principio de este ejercicio.

2) *Identificación de las ventajas y desventajas que se derivan de cada medida* computando el coste económico y temporal y los efectos lesivos que producen sobre los diferentes intereses en juego.

Ventajas de la medida propuesta por el municipio para garantizar el cumplimiento del contrato a través del perfil del proponente:

En tres contratos la acreditación de construcción de dos pisos o más, con área construida igual o mayor de 19.000 m^2, y uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2; adicionalmente de la relación de códigos UNSPSC deben cumplir por lo menos diez. Con respecto de la experiencia específica se solicita un contrato diferente a los tres anteriores que acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor de cuatro pisos y sótano, cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente haber ejecutado la relación de especificación técnica de obra y se agrega que debe cumplir con diez de los códigos UNSPSC que relaciona el pliego de condiciones, en donde el contrato debe ser igual al 75% del presupuesto oficial. La descripción de la experiencia supone que hay más garantías de un proponente que ha construido con las especificaciones técnicas que requiere el proyecto, con actividades especificas inscritas en el Registro Único de Proponentes, además con la construcción de obras similares a las que esta contratando el municipio incluyendo la cantidad de pisos y las áreas medidas en metros cuadrados

Las desventajas de esta medida: Es desconocer que hay proponentes idóneos que han construido edificaciones con el presupuesto oficial relacionado con la obra sin que necesariamente hayan construido el mismo número de pisos y los mismos metros de construcción. En esos términos los tratados de libre comercio suscritos entre Colombia y otros países pregonan entre otras reglas la exigencia de actividades globales de negocios, por lo tanto un proyecto que exija cantidades de obras específicas no estaría conforme con estas normas supranacionales. Adicionalmente, las observaciones de la Cámara Colombiana de Infraestructura, como en este caso que propuso una nueva regla de experiencia, han señalado

que se deben incluir actividades globales de negocio por cuanto las cantidades de obra específicas afectan la pluralidad de oferentes.

La ventaja de la medida corregida y propuesta por la Cámara Colombiana de Infraestructura bajo el juicio integrado de igualdad es que permite una mayor pluralidad de oferentes por cuanto pueden participar los empresarios que el volumen de facturación han construido edificaciones, sin la exigencia de actividades constructivas especificas sin mediante la acreditación de actividades globales de negocio.

De acuerdo con lo expuesto, el principio de proporcionalidad indica que al confrontar las medidas tomadas por el municipio de Chía, si bien son adecuadas para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, se demuestra a través del subprincipio de necesidad y luego de haber pasado por el juicio integrado de igualdad para determinar si había un trato desigual, que había otros proponentes que hubiesen podido presentar un ofrecimiento pero que con las reglas establecidas por el municipio no era posible, y cuyo resultado nos otorga un proponente con unas características técnicas que hacen posible el cumplimiento del contrato pero menos restrictivas de las que finalmente generaron que no se presentara ningún proponente y que le permitió al municipio abrir el 28 de diciembre un proceso de selección abreviada de menor cuantía por declaratoria de desierta proceso de selección abreviada n.º SAMC-052-2018[312] que adjudicó en un mes. Así que la medida que rediseñamos sería la única medida necesaria, menos lesiva a la libre competencia y el derecho de igualdad para que los proponentes que presentaron observaciones al pliego de condiciones le hubieran presentado un ofrecimiento al Estado y no se hubiera visto frustrada la selección objetiva con la declaratoria de desierta.

7.3. La aplicación del test de proporcionalidad en estricto sentido deja en manos del juez la ponderación entre fines públicos y fines privados, así que la posibilidad de realizar una ponderación entre el valor público y el valor privado permite al juez un mayor nivel de control, y es aquí donde el principio de proporcionalidad adquiere su mayor protagonismo.

---

[312] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-196276].

Este subprincipio exige el examen del contenido y los efectos de la medida elegida aisladamente considerada para saber si los efectos negativos que produce en otros intereses guardan una relación razonable y proporcionada con la importancia del fin que satisface la medida. Si de ese examen resulta que el sacrificio que implica para los restantes intereses es excesivo, la medida se debe considerar inadmisible jurídicamente, aunque sea idónea y sea la menos lesiva. La adopción de la medida para la consecución de un fin no es aceptable si esa medida provoca daños a los intereses particulares no proporcionados con los beneficios que se derivan de la consecución del fin. Este subprincipio prohíbe que se sobrecargue a los particulares con una medida que represente para ellos un efecto negativo respecto del beneficio que obtienen para el interés público. Así que las desventajas de los particulares deben estar en razonable proporción con las ventajas que se deriven de perseguir el fin con las medidas.

En últimas, se trata de aplicar la fórmula del peso propuesto por Robert Alexy, en la que la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de argumentación. La ley de ponderación supone que "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro", y se divide en tres pasos: en el primero es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario, y en el tercero se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

El principio de proporcionalidad en estricto sentido exige que un principio sea optimizado en relación con otro, lo cual significa que sus costes deben ser adecuadamente compensados con las ganancias del otro. La ponderación, entonces, admite un rango de opciones posibles, es decir, aquellas en las cuales los costes para un principio son compensados por la ganancia del otro. En otras palabras, el grado de realización de un principio es inversamente proporcional al grado de realización del otro. En esta teoría es imposible y utópico pensar en una posible satisfacción de ambos principios, donde se busque realizar cada valor en la mayor medida posible.

Pongámonos en el contexto del derecho de contratos colombiano: en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios (interés general), luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario (libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad), y finalmente, en un tercer paso, se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario (libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad) justifica la afectación o la no satisfacción del otro (interés general).

Dice Bernal, al explicar a Alexy, que es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En este caso se trata del principio que refiere la ley de contratos respecto de sus fines y que es el *interés general* que se materializa en el objeto del contrato estatal que se pretende adjudicar, y que de él se deriva la definición de con quién se puede contratar ese objeto, para lo cual se utiliza como vehículo un acto administrativo denominado pliego de condiciones, el cual define los requisitos de participación.

Utilizaremos el ejemplo del municipio de Chía que propone la siguiente medida: en tres contratos la acreditación de construcción de dos pisos o más, con área construida igual o mayor de 19.000 m^2, y uno de los contratos garantice cubierta construida de 9.500 m^2; adicionalmente de la relación de códigos UNSPSC deben cumplir por lo menos diez. Con respecto de la experiencia específica se solicita un contrato diferente a los tres anteriores que acredite la construcción de edificios de oficinas o centros administrativos, con obra mayor de cuatro pisos y sótano, cubierta de 19.000 m^2 y adicionalmente haber ejecutado la relación de especificación técnica de obra y se agrega que debe cumplir con diez de los códigos UNSPSC que relaciona el pliego de condiciones, en donde el contrato debe ser igual al 75% del presupuesto oficial.

Por lo tanto, se calificaría como una insatisfacción o afectación del interés general cuando por razones de permitir la participación y tener un mayor número de proponentes sea necesario eliminar las barreras impuestas por el municipio de Chía; sometidos al control del juicio integrado de igualdad se encontró que estas medidas no generaban una igualdad de trato frente a otros criterios que garantizan el cumplimiento del contrato, como son que el proponente debe acreditar experiencia en construcción de edificaciones equivalentes al presupuesto oficial.

En el segundo paso se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, que para este caso serían los derechos que tienen los que están interesados en presentar ofertas y que se representan por el derecho de igualdad y de libre competencia económica, y que corresponderían a los requisitos descritos en el anterior acápite.

El tercer paso consiste en la importancia de la satisfacción o no afección del principio contrario (derecho a la igualdad y libre competencia económica) y justifica la afectación o la no satisfacción del otro (interés general). Consideramos que si seguimos en la línea de análisis del caso en concreto diríamos que en la medida en que se corrijan las reglas de participación, y sin poner en riesgo las garantías que debe ofrecer el interesado, se abre el espacio a más interesados, hablaremos entonces de satisfacción o no afección del derecho a la libre competencia en conexidad con el derecho a la igualdad frente a la no satisfacción o afectación del otro que es el interés general, por cuanto se va a sacrificar tener unos interesados mucho más robustos que los que están ingresando a competir.

Para la doctrina el grado de importancia de los principios en colisión se miden en una escala tríadica en las intensidades "leve", "moderada" y "grave", el otro criterio de argumentación para ponderar es el peso abstracto de los principios, que puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos; y este peso se puede determinar con base en los valores sociales positivos. Y finalmente la tercera variable (S) se refiere a la certeza o seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implicita fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias en el caso concreto. Por lo tanto, la variable "S" se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio de ponderación.

De aquí pasa Carlos Bernal a la fórmula del peso como el mecanismo que permite articular la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación.

La fórmula del peso tiene la siguiente estructura:

$$GPi, jC = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

G: Peso concreto de Pi y Pj y en la formula peso abstracto de Pi y Pj. El valor de la escala triádica es leve: 1, medio: 2 y grave: 4

I y W: Grado de importancia de los principios en colisión Pi, y Pj. El valor de la escala triádica es leve: 1, medio: 2 y grave: 4

S: Seguridad de las apreciaciones de la medida analizada frente a la falta de satisfacción de un principio Pi frente a la satisfacción del contrario Pj. El valor de la escala triádica es cierto: 1, plausible: ½ y no evidentemente falso: ¼

Y agrega la doctrina que si el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio Pi. Si, por el contrario, el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj. Si Pi fundamenta la norma Ni que prohíbe @ y Pj fundamenta la norma N2 que ordena @, en el primer caso debe prohibirse @ y en el segundo caso debe ordenarse.

La relación de precedencia condicionada no se determina sólo mediante la comparación de la *importancia* de los principios en el caso concreto (del grado de no satisfacción o de afectación de un principio y la importancia de la satisfacción o no afectación del otro) sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el *peso abstracto* y la *seguridad* de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios. En otras palabras la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley de ponderación originaria, por cuanto explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

Entonces cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi a la luz de las circunstancias del caso.

Para Carlos Bernal esta nueva ley de ponderación también puede expresarse así:

GPi, jC < GPj, IC,

O de manera más explicada:

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} < \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

Traduciremos al ejemplo del municipio de Chía, y para ello nos apoyaremos en las fórmulas dadas:

GPi, jC < GPj, IC,

O de manera más explicada:

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} < \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

$$\frac{4 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} < \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 1 \cdot 1}$$

Eso quiere decir:

$$\frac{4}{16} < \frac{16}{4}$$

O sea:

$1 < 4$

La sustentación del valor numérico en el peso abstracto G del interés general 1 frente a 4 que se le asignó a la libre competencia e igualdad, recordemos se debe a la medición de la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos, por lo tanto si bajamos los requisitos que protegen el interes general ello quiere decir que a pesar de bajar las medidas no se pone en riesgo dicho interes general (la franja de nuevos proponentes están en capacidad técnica y financiera de ejecutar el objeto del contrato), nos permite colocar metafóricamente un valor más bajo al interes general (Pi) y otorgarle el mayor valor a la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad (Pj), que con esta nueva medida permite un franja de un número mayor de posibles oferentes.

En el ejemplo, la medida consistente en disminuir los criterios de experiencia hasta los necesarios para satisfacer el derecho a la igualdad (igualdad de oportunidades de que habla el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993) y la libre competencia económica (los interesados de que habla el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993) satisface la ley de ponderación, porque tras su aplicación, GPi, jC < GPj, IC, por lo tanto establecer reglas de participación en experiencia en obra se debe considerar una medida constitucional, por cuanto sin poner en riesgo el fin del contrato, como es el interés general (este nuevo espectro de proponentes están en capacidad técnica y financiera de ejecutar el objeto del contrato), de todas maneras garantiza la pluralidad de oferentes en beneficio de la libre competencia económica y la igualdad de oportunidades.

La propuesta de Carlos Bernal ilustra respecto de la estructura de la fórmula del peso. Propone en primer lugar la revisión de las posiciones jurídicas de cada uno de los principios en colisión.

Revisadas las posiciones jurídicas del interés general y de la libre competencia económica, encontramos que ambos valores en conflicto tienen una amplia configuración normativa del legislador, el cual, al tomar medidas que desarrollen el interés general o en su defecto limiten la libre competencia y la igualdad de oportunidades, deben ser motivadas, justificadas,

razonables y proporcionadas, y que no evidencien abuso o desvío de poder, con interdicción de la arbitrariedad; modelo que debe ser replicado a nivel de la Administración Pública al momento de elaborar pliegos de condiciones para regular las reglas de participación con las cuales se seleccione al futuro contratista entre todos aquellos que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la Administración Pública.

Consideramos que se debe asignar la máxima calificación de grave (4) a los dos valores en conflicto, pues ambos tienen que ser protegidos bajo el criterio de máxima optimización por su importancia en el ordenamiento.

Luego Bernal propone que para la importancia de los principios en colisión Pi y Pj se tengan en cuenta los argumentos relacionados con los criterios como la eficiencia (E) de la medida, velocidad (V) de la medida, probabilidad (P) de la medida, alcance (A) de la medida y duración (D) de la medida.

$$IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot VPiC \cdot PPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$$

$$WPjC = (SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot VPjC \cdot PPjC \cdot APjC \cdot DPjC)$$

$$IPiC = (SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (EPiC \cdot APiC \cdot DPiC)$$

$$WPjC = (SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (EPjC \cdot APjC \cdot DPjC)$$

$$IPiC = (4 \cdot 4) \cdot (4 \cdot 4 \cdot 4)$$

$$WPjC = (4 \cdot 4) \cdot (4 \cdot 4 \cdot 4)$$

$$IPiC = 1.024$$

$$WPjC = 1.024$$

En nuestro caso en particular si bien entre el interés general, que es el fin del contrato estatal, tiene mayor peso abstracto frente a la libertad económica, como sería la libre competencia económica, y ello ya lo ha dicho la Corte Constitucional al no considerarlo como un derecho fundamental; no pasa lo mismo cuando entra en conexidad con el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) pues, en ese caso, mientras que un proponente tenga real posibilidad de ofrecer lo que demanda la Administración Pública, la entidad estatal está

obligada a permitir que presente un ofrecimiento al Estado, con lo cual se equilibran los dos valores en tensión, o los favorece.

Respecto de esta investigación, en cuanto a las demostraciones sobre las libertades económicas se llega a la conclusión de que la libre empresa económica, y específicamente la libre competencia, están limitadas por el bien común o por el interés general, y hay una amplia configuración normativa del legislador para fijar los límites de esta libertad; sin embargo en materia de contratación estatal la vulneración de la libre competencia económica afecta directamente el derecho fundamental de igualdad, con lo cual lo refuerza; y adicionalmente la libre competencia económica es un derecho colectivo consagrado en la Constitución (art. 88 C.P.), entonces esta libertad goza de esa doble condición, de ser una libertad individualista que se conecta con el derecho a la igualdad, pero a su vez la Constitución Política la consagró como un derecho colectivo; por lo tanto, creemos que ello hace que los dos principios estén en la misma posición jurídica respecto del peso abstracto.

Se reitera de acuerdo con la doctrina que la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso. En casos concretos debe establecerse si las premisas normativas relevantes son fiables (1), plausibles (1/2) o no evidentemente falsas (1/4), y esta sería la fórmula:

$$SPiC = SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA$$

$$SPjC = SEWPjC \cdot SNWPjC \cdot SNPPjA$$

Trataremos de traducir parte de las variables con información que ya se trabajó en el presente documento:

La seguridad de las premisas *empíricas* (SEIPiC) respecto del interés general: las reglas diseñadas por el municipio de Chía se mantuvieron hasta la recepción de propuestas sin que se presentaran oferentes, permitiendo abrir un proceso abreviado para adjudicar en un mes con la presencia de dos licitantes; y no hubo ninguna intención de proceder a su modificación a pesar de las múltiples observaciones que se presentaron en ese sentido, es decir, a partir de la convicción de protección de las mismas al interés general que persigue el Estado que, en

este caso, se traduce en contratar un constructor que garantice la construcción del centro administrativo del municipio de Chía. Desde esta perspectiva, para la regularidad de las reglas de participación como fueron diseñadas en este análisis empírico se llega a la conclusión de que obtiene la máxima calificación de fiable (1).

La seguridad de las premisas *normativas* (SNIPiC) respecto del interés general: Para efectos del interés general en materia de contratación estatal la Administración Pública goza de amplia discrecionalidad para definir los requisitos de participación que contienen los pliegos de condiciones derivado de las normas abiertas que regulan su contenido (num 5 art. 24 Ley 80 de 1993, y art. 5.º Ley 1150 de 2007), es decir, reglas claras, objetivas, justas y completas; y en cuanto a los requisitos mínimos habilitantes de capacidad legal, capacidad financiera y organización, estos deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato y a su valor, excepto para las licitaciones de obra pública para infraestructura de transporte reguladas por los pliegos tipo (ley 1882 de 2018 y decreto 342 de 2019). Por lo tanto, la administración debe completar este contenido y por ello está en capacidad de definir qué es lo más conveniente para el interés general, así que con esta amplia capacidad decisoria, a lo que se agrega que siendo los pliegos de condiciones actos administrativos de carácter general, supone la presunción de legalidad de su contenido. En esos términos por la amplia discrecionalidad para regular el contenido de los pliegos de condiciones la premisa normativa le otorga a las entidades estatales la máxima calificación de fiable (1).

El peso abstracto del interés general (SNPPiA): consideramos que si bien el interés general y la libre competencia económica no son de la misma naturaleza, cuando esta última, como sucede en materia de contratación estatal, va conexa con el derecho de igualdad de oportunidades, se pone al mismo nivel que el interés general y lleva el mismo peso, que para nuestro caso sería la máxima calificación de grave (4).

La seguridad de las premisas empíricas (SEIPjC) en la libre competencia: el análisis de revisión de las reglas de participación respecto de la igualdad de trato arrojó como resultado, luego de pasarlo por criterios donde hay manera de demostrar la pluralidad de oferentes, que habría la convicción de que había otros posibles interesados en la licitación pública abierta por el municipio de Chía de promover su derecho a la libre competencia al sentirse con las capacidades técnicas para desarrollar el objeto del contrato, y se demuestra con las múltiples

observaciones que se presentaron contra los pliegos de condiciones, en este análisis empírico se llega a la conclusión que obtiene la máxima calificación de fiable (1).

La seguridad de las premisas normativas (SNIPiC) en la libre competencia: para efectos de la libre competencia económica (art. 333 C.P.) se trata de un derecho no fundamental derivado de su carácter económico cuya importancia radica en que su vulneración compromete un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.), previsión que obliga a la Administración Pública cuando se trata de la licitación pública (parágrafo art. 30 Ley 80 de 1993), cuya definición parte del estímulo a los interesados para que en igualdad de oportunidades puedan presentar un ofrecimiento al Estado y este pueda seleccionar la oferta más conveniente. A lo anterior se agrega que se trata de un derecho colectivo (art. 88 C.P.), con lo cual la seguridad de las premisas normativas nos obliga concluir que debe tener la máxima calificación de fiable (1).

El peso abstracto de la libre competencia económica (SNPPiA): consideramos que si bien el interés general y la libre competencia económica no son de la misma naturaleza, cuando esta última, como sucede en materia de contratación estatal, va conexa con el derecho de igualdad de oportunidades, se coloca al mismo nivel que el interés general y lleva el mismo peso, que para nuestro caso entonces sería la máxima calificación de grave (4).

Vayamos a la fórmula:

$SPiC = SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA$

$SPjC = SEWPjC \cdot SNWPjC \cdot SNPPjA$

$SPiC = 1 \cdot 1 \cdot 4$

$SPjC = 1 \cdot 1 \cdot 4$

$SPiC = 4$

$SPjC = 4$

Y así concluye Carlos Bernal:

> Todas estas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:

$$GPi,jC = \frac{(SiPiC \cdot PJPiC) \cdot (\mathbf{E}PiC \cdot \mathbf{V}PiC \cdot \mathbf{P}PiC \cdot \mathbf{A}PiC \cdot \mathbf{D}PiC) \cdot GPiA \cdot (SEIPiC \cdot SNIPiC \cdot SNPPiA)}{(SiPjC \cdot PJPjC) \cdot (\mathbf{E}PjC \cdot \mathbf{V}PjC \cdot \mathbf{P}PjC \cdot \mathbf{A}PjC \cdot \mathbf{D}PjC) \cdot GPjA \cdot (SEIPjC \cdot SNIPjC \cdot SNPPjA)}$$

$$GPi,jC = \frac{(4 \cdot 4) \cdot (\mathbf{4} \cdot \mathbf{4} \cdot \mathbf{4}) \cdot ¼ \cdot (1 \cdot 1 \cdot 4)}{(4 \cdot 4) \cdot (\mathbf{4} \cdot \mathbf{4} \cdot \mathbf{4}) \cdot 4 \cdot (1 \cdot 1 \cdot 4)}$$

$$GPi,jC = \frac{256}{4096}$$

Eficiencia (E): Que la medida se eficiente significa que las reglas de participación diseñadas por la entidad estatal contratante permitan seleccionar a aquel contratista que le otorgue garantías al Estado en cuanto a que cumpla con el objeto del contrato adjudicado. Su importancia es grave (4) en tanto que el Estado no se puede permitir contratar con alguien que no le ofrezca las suficientes garantías y ello se logra seleccionando al contratista que tenga la experiencia para cumplir con el objeto del contrato.

En cuanto a la libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad la eficiencia se traduce en que se logre el equilibrio de permitir todos aquellos que en pluralidad de oferentes puedan presentarle una propuesta al Estado porque le ofrecen una garantía para el cumplimiento del contrato.

Velocidad (V): N/A. No aplica. Que la medida implique velocidad ni para el interes general ni para la libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad consideramos que no se debe asignar ningún valor, caso contrario podría ser por ejemplo el derecho de petición en donde si tiene relevancia el concepto.

Probabilidad (P) [313]: N/A. No aplica. El fin del contrato estatal que es el interés general supone que cuando se toma la decisión de cumplir una meta del Estado y es a través de la celebración de un contrato, es necesario adelantar el proceso de selección que corresponda y que por regla general es la licitación pública, entonces no hay cabida a si se debe adelantar o no sino que una vez expedido el acto administrativo que ordena la apertura y se publican los pliegos de condiciones definitivos, el Estado abrió un solicitud de propuestas que le genera la obligación de adelantar el proceso administrativo que culmina con la adjudicación del contrato mediante audiencia pública.

En cuanto a la libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad, las entidades estatales cuando deciden que terceros les suministren bienes, servicios o la ejecución de obra, lo deben hacer por regla general a través de la licitación pública, y en su definición debe promover que interesados puedan en igualdad de condiciones presentar una oferta, así que la entidad estatal se encuentra obligada a promover la pluralidad de oferentes, no es algo que le quede discrecional lograrlo o no lograrlo.

Alcance (A): [314]: Tomando la definición de la Real Academia de la Lengua Española en tanto que significa penetración máxima de una partícula en un medio material determinado, podremos

---

313 Probabilidad (P)
Del lat. *probabilĭtas, -ātis.*
1. f. Verosimilitud o fundada apariencia de verdad.
2. f. Cualidad de probable (‖ que se verificará o sucederá).
3. f. Mat. En un proceso aleatorio, razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles. (http://dle.rae.es/?id=UDu5ucA)

314 Alcance(A)
De *alcanzar.*
1. m. Seguimiento, persecución.
2. m. Capacidad de alcanzar o cubrir una distancia. Alcance de la vista, de un proyectil, de una emisora de radio.
3. m. Capacidad física, intelectual o de otra índole que permite realizar o abordar algo o acceder a ello. Las cuestiones metafísicas están fuera de mi alcance.
4. m. Talento, luces. U. m. en pl.
5. m. Saldo que, según las cuentas, está debiéndose.
6. m. En los periódicos, noticia o sección de noticias recibidas a última hora.
7. m. Significación, efecto o trascendencia de algo. Aquel desastre tuvo alcance nacional.
8. m. Esgr. Distancia que alcanza un arma blanca o negra.
9. m. Fís. Penetración máxima de una partícula en un medio material determinado.
10. m. Impr. Parte de un original que se distribuye a cada uno de los cajistas para su composición.
11. m. Ling. ámbito.

llegar a la conclusión que bajo la óptima del interés general, su alcance es vital para el cumplimiento de los propósitos del Estado, de los fines que el persigue y la satisfacción general, el bienestar común y a través de los contratos estatales se logran cumplir las metas, objetivos de las entidades estatales que revierten en las exigencias propias del Estado Social de Derecho. La importancia es grave (4) en la medida en que no se puede permitir que la entidad estatal no determine los requisitos mínimos que el oferente debe poseer para garantizar el cumplimiento del contrato.

Bajo la óptima del libre competencia económica en conexidad con el derecho de igualdad, entre las reglas de participación logren atraer el mayor número de interesados para presentar ofertas y ampliar así el espectro de competidores, ellos se benefician con el derecho de participación. La importancia el grave (4) por cuanto de la adecuada promoción de la concurrencia la entidad estatal obtiene un beneficio con respecto a seleccionar la oferta más conveniente y por otra parte lograr que de la puja se logre obtener un descuento como beneficio económico.

Duración (D): Tiene relevancia frente al interés general en cuanto a que si el criterio anterior exige que se deban regular los requisitos mínimos que garanticen que a quien se vaya a seleccionar cumpla con el objeto del contrato, aquí lo que se pide es que la regla de participación se mantenga para garantizar que la selección del contratista cumpla con la garantía que debe suministrar para lograr el cumplimiento del contrato, de tal manera que en una variación en donde no haya idoneidad o experiencia suficiente, pone en riesgo el cumplimiento del contrato, por lo tanto, la regla debe permanecer bajo esta premisa. La importancia es grave (4) en la medida en que se deben conservar los requisitos mínimos necesario que garanticen que se pueda cumplir con el objeto del contrato.

Tiene relevancia frente a la libre competencia económica, en cuanto a que la regla de participación se mantenga para garantizar la pluralidad de oferentes, de tal manera que cualquier modificación a la misma debe tener como propósito maximizar el derecho en donde más

---

12. m. Mil. Cantidad que en el ajuste quedaba a favor del soldado.
13. m. Veter. alcanzadura.
16. m. p. us. Correo extraordinario que se envía para alcanzar al ordinario.
(http://dle.rae.es/?id=UDu5ucA)

oferentes puedan presentar oferta. La importancia es grave (4) por cuanto entre las licitantes tenga la entidad estatal mejores posibilidades tienen de seleccionar la oferta más conveniente, siempre que todos los licitantes originales y los que lleguen durante el desarrollo del proceso posean las condiciones para garantizar el cumplimiento del contrato.

Entonces, para Bernal concluye que ésta fórmula busca dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes para la ponderación. Sin embargo, agrega que tal fórmula no puede determinar el valor de cada variable, así como tampoco si el valor de cada variable debe ser el mismo. Es por ello que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico. Este signo sólo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas estas variables. En una ponderación racional, primero es necesario determinar el valor en cada variable y luego el valor de cada variable. Adicionalmente reconoce que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí mismo un procedimiento altamente complejo. Por otro lado, indica que la fórmula del peso no es un procedimiento que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta, y antes por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación que es el que su ideología no reduce la racionalidad ni la utilidad del fórmula del peso.

Así que en esta estructura la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes para la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula se puede estructurar una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas complejas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que la Administración Pública debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en la fundamentación correcta.

Para el caso particular encontramos que tiene más peso el derecho de la libre competencia económica en conexidad con el derecho a la igualdad cuando se confronta con el interés general, siempre que todos los agentes estén en capacidad técnica, financiera y legal para cumplir con el objeto del contrato y de esta manera le ofrezcan garantías a la entidad estatal; y salvo que las reglas estén motivadas y justificadas, y sean razonables y proporcionables en

desarrollo de este interés general, deberá ceder ante este derecho para proteger la libre competencia económica y de esta manera la entidad estatal lograr dos propósitos, conseguir aquel proponente que le ofrezca la oferta más conveniente y en la medida de lo posible que se obtenga un beneficio económico derivado de la puja entre licitantes.

Demostrado lo anterior se genera una causal de nulidad absoluta de los pliegos de condiciones analizados por cuanto se demostró la violación de los artículos 13, 88 y 333 Constitucionales, y adicionalmente por violación del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 respecto de los contenidos de los pliegos de condiciones que deben respetar, y también el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 respecto de la violación del contenido de la experiencia que debe ser "proporcional" con la naturaleza del contrato y su valor[315]. Como actos administrativos los pliegos de condiciones son nulos por la causal primera sobre violación de la Constitución y de la ley. Al no tener una acción especial administrativa para que los interesados puedan cuestionar antes de la recepción de ofertas, como sí existe en España[316], proponemos el uso de la acción de tutela cuando se considere que unos pliegos de condiciones no están conformes con el principio de proporcionalidad y un interesado

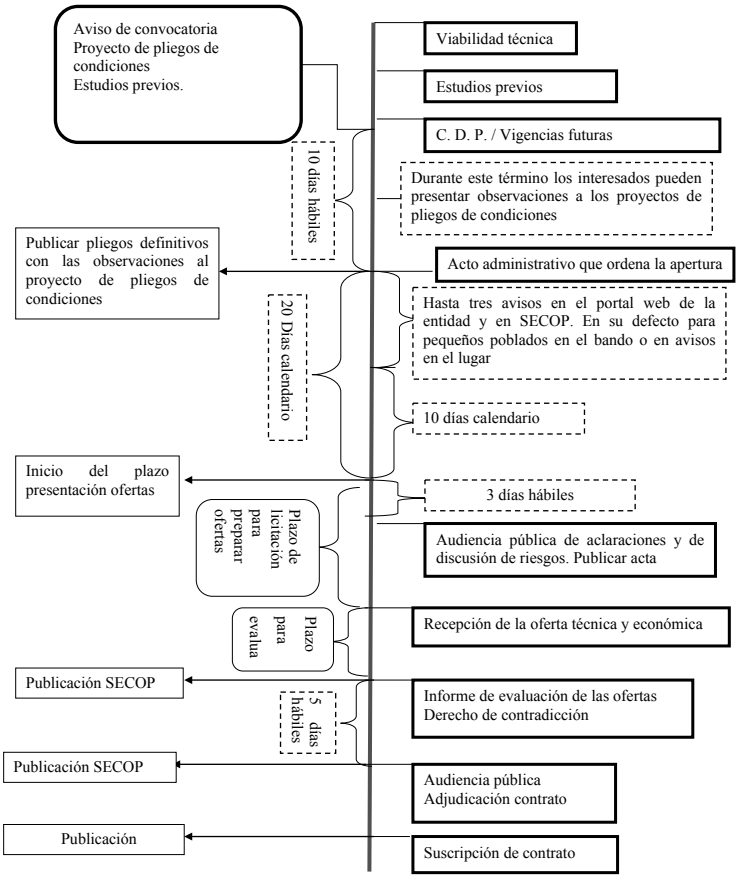
---

[315] Por esta razón elaboramos un documento para estudio de la Procuraduría General de la Nacion, con el fin que se tramite una acción de nulidad contra los dos procesos de selección por fradude a la libre competencia y el derecho de igualdad. Adicionalmente tramitamos una acción popular con los mismos argumentos solicitando la suspensión del contrato.

[316] Creeríamos que Colombia está en mora de establecer un mecanismo excepcional y ágil para proteger la libre competencia y en el derecho de igualdad en el trámite de la convocatoria pública con medidas cautelares efectivas para que se suspenda el proceso de convocatoria pública en la jurisdicción contencioso administrativa, con única instancia en el Tribunal Administrativo, mientras que este juez resuelve el fraude a los derechos en mención aplicando el test de proprocionalidad respecto de reglas abusivas y ordena su restablecimiento so pena de imponer multas sucesivas o arresto por no cumplimiento de la resolución judicial y antes de la rececpción de ofertas. En caso de adjudicarse el contrato en estas circunstancias esta instancia tendría la facultad de anularlo y ordenar nuevamente reiniciar el trámite de convocatoria pública. Incluso este juez tendría facultades de orientar el proceso de selección si no es el que corresponde, por cuanto siempre la regla general es la licitación pública y puede no haber suficiente motivación para adelantarla y que, igualmente, al no tramitarse, los otros procesos de selección de contratista no tienen las garantías suficientes para promover la competencia, excepto el proceso de adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes.

pretenda que haya una intervención judicial; a través de este mecanismo de protección deberá proceder de la siguiente manera, y para ello nos apoyaremos en una gráfica que ilustra el trámite que se debe adelantar para el procedimiento por licitación pública en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Gráfica 1. Licitación pública



Vemos que durante la primera etapa de publicidad se publica el proyecto de pliegos de condiciones por un término de diez días hábiles, periodo durante el cual los interesados pueden presentar observaciones a la Administración Pública respecto del contenido. En esa etapa un interesado que considere que las reglas de participación no garantizan su derecho a competir y a una igualdad de trato, puede plantearle a la Administración, vía solicitud de

observaciones, sus capacidades técnicas, legales y financieras que sustentan su idoneidad para ejecutar sin riesgo el objeto mitigando su incumplimiento, y adicionalmente que justifique las razones por las cuales las reglas fueron diseñadas restringiendo la participación, y le plantea una posible violación del principio de proporcionalidad con la sustentación ya presentada en este trabajo, para lo cual es necesario que en la petición el interesado demuestre con su perfil su idoneidad para efectuar y garantizar el cumplimiento del contrato a adjudicarse.

Volviendo al trámite vemos que cuando la entidad estatal decide abrir la licitación pública lo hace mediante la expedición del acto administrativo que ordena la apertura, y publica el pliego de condiciones definitivo conjuntamente con las respuestas a las solicitudes de observaciones radicadas en el periodo de los diez días. Es posible que la entidad estatal no haya accedido a la solicitud presentada por el interesado y haya mantenido las reglas de participación como las estructuró en el proyecto de pliegos de condiciones. En este caso, y ante la negativa de la administración, se debe proceder a agotar los medios judiciales como lo ordenó la Sentencia SU-713 de 2006 de la Corte Constitucional.

La primera demanda sería interponer la acción popular de protección al derecho colectivo a la libre competencia (art. 88 C.P. y Ley 472 de 1998). El requisito de procedibilidad que regula el artículo 144 de la Ley 1437 se agota con la presentación de la solicitud de observaciones contra el proyecto de pliegos de condiciones y su negativa.

La segunda demanda sería la nulidad del pliego de condiciones definitivo como acto administrativo de carácter general en uso del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente con la demanda se debe presentar la solicitud de suspender la actuación administrativa o de suspender provisionalmente el acto administrativo en autorización de los numerales 2 y 3 del artículo 230 de la Ley 1437.

Las demandas deben reflejar los argumentos de violación del principio de proporcionalidad.

Volviendo a la gráfica, en el trámite hay una fecha de recepción de propuestas la cual es determinante para calificar el perjuicio que puede recibir el interesado si no ha habido pronunciamiento de los jueces en las acciones interpuestas, o bien porque no se ha admitido

la demanda o habiéndose admitido no se han pronunciado respecto de las medidas cautelares solicitadas. En este caso queda como última alternativa presentar la acción de tutela por protección del derecho de libre competencia en conexidad con el derecho a la igualdad y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Se debe presentar antes de que se venza el plazo, y el argumento frente al juez de tutela será la violación de los derechos fundamentales en cuestión, el agotamiento de los medios judiciales, la negativa de la entidad estatal de modificar las reglas de participación para permitir la pluralidad de oferentes, y el perjuicio irremediable que se quiere evitar con la llegada del plazo para presentar propuestas sin que se hayan modificado los pliegos de condiciones a favor del derecho a competir y el de igualdad. La acción de tutela se puede presentar cuatro días antes del día previsto para el cierre por cuanto de conformidad con el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 no se pueden modificar los pliegos de condiciones durante este periodo.

G. Trabajo de campo. Análisis de 250 licitaciones públicas 2012-2015 de contratos de obra pública

1. Análisis de casos para verificar el nivel de concurrencia en licitaciones públicas de obra pública

a. Introducción

La contratación estatal se ha visto enfrentada de manera permanente a la denuncia por prácticas asociadas a la corrupción administrativa de las autoridades que tienen a su cargo la responsabilidad (num. 5 del art. 26 Ley 80 de 1993) de adelantar los procesos de selección de contratistas con quienes se celebrará el futuro negocio jurídico, que le permitirá a la entidad estatal el cumplimiento de sus fines (art. 3.º ibídem).

En invocación del *interés general* que representa el contrato estatal, las entidades estatales están autorizadas para elaborar pliegos de condiciones bajo reglas objetivas, justas, claras y completas (num. 5 art. 24 Ley 80), en las que los requisitos mínimos habilitantes, como son la capacidad legal, la capacidad financiera y la experiencia general y específica (art. 5.º Ley 1150 de 2007), deben ser *adecuados* y *proporcionales* a la naturaleza del contrato y su valor.

Precisamente esa proporcionalidad es la que brilla por su ausencia en las bases para seleccionar al futuro contratista, que hace que existiendo competidores que están dispuestos a hacer un ofrecimiento al Estado para que este puede seleccionar entre ellos la oferta más conveniente (art. 5.º Ley 1150 de 2007), se termine encontrando procesos de selección en donde o hay una verdadera concurrencia de ofertas, o por el contrario, en la mayoría de los casos, un único o máximo dos licitantes, práctica que trató de evitar la reforma del año 2007 y así quedó en su exposición de motivos[317] donde se señala lo siguiente sustentando el artículo 5.º:

> Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa") y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos. Esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta busca *evitar el direccionamiento de los procesos* desde los propios pliegos de condiciones, dentro de lo cual surge un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, cual es la reforma al Registro Único de Proponentes, de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrado del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente (cursiva fuera de texto).

Luego la misma exposición de motivos confirma lo ya expuesto respecto del principio de selección objetiva y en los siguientes términos:

> Las condiciones del oferente referidas a su capacidad administrativa y financiera, así como a su experiencia, no podrán ser utilizadas para darle un mayor puntaje. Serán simplemente

---

[317] *Gaceta del Congreso* n.º 458 del 1.º de agosto de 2005. Proyecto de Ley n.º 20 de 2005 Senado "Por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

> factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, con lo cual *se limitará la posibilidad de diseñar procesos "a la medida" de proponentes determinados* (cursiva fuera de texto).

Esta práctica que pretendió corregir el ordenamiento jurídico con la reforma en el año 2007, sigue imperando hasta el presente, situaciones denunciadas por la Cámara de Infraestructura en distintos foros, y específicamente el celebrado en los días finales del mes de noviembre de 2015[318] denuncia que a nivel territorial son frecuentes las licitaciones de un sólo licitante.

Igualmente, en el periódico *El Tiempo* de su publicación del 5 de diciembre de 2015, en el titular "Cuestionamientos a la contratación oficial de Santander", denuncia lo siguiente:

> El Comité de Transparencia por Santander, integrado por varias entidades privadas, cuestionó la forma en que se adjudicaron y se ejecutan algunos contratos oficiales en el departamento y en el área metropolitana de Bucaramanga, al considerar que *en algunas licitaciones sólo se presentó un oferente*.
>
> Al analizar unos 300 contratos, entre marzo y octubre, el comité concluyó que en un 80 por ciento *hubo un sólo proponente en millonarios proyectos*, *la mayoría de infraestructura*.
>
> "Al existir sólo un grupo o persona en busca de una licitación, no hay libre competencia, por lo que se presta para anomalías", expresó el superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, invitado a la presentación de conclusiones.

---

[318] "La infraestructura ya tiene las bases para impulsar el crecimiento del país". *El Tiempo*, domingo 29 de noviembre de 2015, p. 27. "Contratación atraviesa una crisis. Ante cientos de empresarios de la construcción, reunidos en el XII Congreso Nacional de Infraestructura, el exministro asesor de la Presidencia de la República Néstor Humberto Martínez alertó que la contratación pública nacional está atravesando una compleja crisis, pues se observa, sobre todo en los ámbitos regional y municipal, que los estudios previos, los pliegos y los prepliegos se ajustan para beneficiar a un solo proponente. Y señaló que esta situación se está fraguando 'en medio de una democracia local enferma. Esta no concita la formulación de políticas públicas, sino que está puesta al servicio de intereses'".

Santander, según un análisis de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), es el cuarto departamento del país en donde la contratación se da con un sólo oferente.

“Los resultados son una muestra de que en la región no se están haciendo las cosas adecuadamente”, dijo el director jurídico de la CCI, Juan Carlos Quiñones.

No hacer estudios previos sobre lo que se va a contratar y crear cronogramas de entrega de documentos en fechas no hábiles son otras irregularidades encontradas.

“Se publicaron los requisitos en Semana Santa, o el cierre de entrega concluía a las pocas horas”, afirmó la directora del Comité de Transparencia, María Juliana Acevedo.

Y agregó: “Eso genera *un obstáculo* a la empresa que quiera hacer bien las cosas”.

Uno de los contratos con más irregularidades fue el del Programa de Alimentación Escolar de la Gobernación. De acuerdo con el estudio, hubo requerimientos que en la práctica no se estarían cumpliendo en el transporte de alimentos, empaques y refrigeración.

Juan Camilo Beltrán, director ejecutivo de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, indicó que en algunos contratos se elaborarían “pliegos a la medida que limitan la participación de los empresarios y atentan contra la transparencia”.

Recordó que seis grandes obras de infraestructura que se ejecutan en el área metropolitana, con una inversión cercana a los 250.000 millones de pesos, presentan retrasos en su ejecución.

Además, que cinco de ellas tendrían extensión de tiempo y adición presupuestal que superan los términos iniciales. Un informe anterior del observatorio privado Comité de Transparencia precisó que se habría incurrido en “prácticas indebidas” al establecer *requisitos de difícil cumplimiento*, y por eso en algunos procesos quedaron como únicos proponentes los mismos consorcios.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio, *en Colombia son analizados*, *en indagación preliminar*, *328 procesos de contratación estatal por presuntos actos ilegales que no habrían garantizado la libre competencia*.

Los funcionarios de Santander responsables de las licitaciones cuestionadas no se pronunciaron este viernes acerca de estas conclusiones (cursiva fuera de texto).

Consultando el portal La Silla Santanderana[319] con el titular: "La contratación con 'Lucho': pocos oferentes, mínimo ahorro, atrasos y sobrecostos", allí se plantea que la contratación de la Alcaldía de Bucaramanga ha sido cuestionada por falta de transparencia, y se denuncia que esa administración "ha restringido la libre competencia por la contratación municipal", presentándose que en la gran mayoría de licitaciones "no hay puja hacia abajo del presupuesto oficial (como se supone debería haber)". Se comprobó por ejemplo que en 26 de las 51 licitaciones no hubo competencia, pues fueron adjudicados "con la participación de apenas una oferta". Se detecta que, como consecuencia, las exigencias que restringen la libre competencia pueden beneficiar a un empresario o grupo de empresas en particular, una de ellas "el exigir contratos celebrados durante los últimos cinco años", con lo cual "un constructor, que hizo obras de determinado tipo hace más tiempo, no puede apalancarse de toda la trayectoria para participar". Por otra parte se indica que la Alcaldía "ha insistido en exigir cantidades específicas de obra a los contratistas para acreditar su experiencia y participar", y agrega: "Es decir que no es suficiente con que un potencial proponente demuestre su capacidad de construir un edificio en términos generales. Adicionalmente, en contratos anteriores, debe haber trabajado cierto material o tipo de construcción en los edificios que hubiese hecho y en cierta cantidad particular". Concluyendo que esto ha sido criticado por el Ministerio Público, la Sociedad de Ingenieros y el Comité de Transparencia por Santander (cursiva fuera de texto).

Luego se exponen los casos denunciados y se lee por ejemplo que la Alcaldía adjudicó la construcción del intercambiador El Mesón de los Búcaros con la participación de un sólo oferente, por un valor final de $54.000.909 millones. Agrega que el presupuesto oficial era de $54.000.911 millones, por lo tanto, el *ahorro representó un 0,0036%*, es decir, de apenas $2.000.000. Otro caso fue el tramo siete de la troncal Norte-Sur, allí el ahorro fue de $68.000 en un contrato de $9.000.314 millones (0.0007%). En conclusión, en los procesos de único

[319] [http://lasillavacia.com/historia/el-gobierno-de-lucho-pocos-oferentes-minimo-ahorro-atrasos-y-sobrecostos-51352].

oferente veintidós de las veintiséis licitaciones, el ahorro fue de menos del 0,1% (cursiva fuera de texto).

Las denuncias no paran, nuevamente Juan Martín Caicedo Ferrer en su columna de *El Tiempo* del domingo 3 de enero de 2016, insiste en denunciar las prácticas de corrupción a nivel local, con cifras mucho más ciertas hasta las hoy dadas y que siguen demostrando que las licitaciones de un sólo licitante perturban la buena Administración Pública[320]:

> Al cabo del más reciente congreso de infraestructura, celebrado hace algunas semanas en Cartagena, quedó confirmado el vertiginoso incremento de la corrupción regional en el país. Se trata de un flagelo enquistado en buena parte del territorio nacional y cuyos tentáculos, según un informe de la firma de consultoría Econ Estudio, han contaminado el *96 por ciento de la contratación municipal y el 76 por ciento de la departamental*.
>
> En ambos casos, esos porcentajes reflejan el universo de procesos contractuales relacionados con infraestructura de transporte que *terminan favoreciendo a únicos oferentes*. Sin duda, un termómetro inequívoco de que las cosas no marchan por buen camino (cursiva fuera de texto).

En Cartagena se celebró el 5.º Congreso Internacional de "Libre Competencia Económica" entre el 31 de agosto y el 1.º de septiembre de 2017, y entre los temas tratados se desarrolló el panel "Colusión y corrupción", con la participación del Néstor Humberto Martínez, Fiscal General de la Nación y Pablo Felipe Robledo del Castillo, Superintendente de Industria y Comercio, y actuando como moderador Juan David Laverde Palma. En la intervención el superintendente planteó que actualmente la sociedad es altamente corrupta, y que aprehendió a desarrollarse en ambientes corruptos tanto en el sector privado como en el sector público. Para el superintendente no solamente los funcionarios públicos son corruptos, también hay corrupción privada: la sociedad, los gremios, los empresarios tienen que buscar una reforma política que ataque la corrupción. En los actos de corrupción hay dos personas involucradas: por lo general un funcionario público y un particular que puede ser un empresario. Un

[320] [http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/contratacion-transparente-para-la-paz/16471759].

funcionario público que exige y el particular que acepta. O el particular que le propone al funcionario público y el funcionario público que acepta. En el escándalo de Odebrecht a principios de año, que involucra a varios funcionarios del Estado en importantes contratos de obras pública, no hubo ningún pronunciamiento de la clase empresarial, como si el problema de corrupción fuera del Estado y no de las empresas o de los gremios. Para el superintendente son problemas de la clase empresarial, de los colombianos, de los ciudadanos. La pregunta era ¿y dónde están los gremios? Los empresarios que le dan plata a los funcionarios públicos para manipular los procesos de licitación, para que les adjudiquen los procesos de licitación, se pregunta el superintendente, ¿no van a decir nada? ¿Qué pasa con el que proporciona el dinero para corromper? El que entrega el dinero no es funcionario público. El que gana dinero con la ejecución del contrato cuando no se lo gana en franca lid no lo merece. Estas situaciones de corrupción hablan muy mal de la clase empresarial. A los pocos días de celebrado el Congreso el Consejo Gremial Nacional emitió un comunicado y se unió a la lucha contra la corrupción. Por otra parte, las prácticas de corrupción en las licitaciones públicas hacen que el país atraviese un momento crítico. En palabras del Superintendente, las compras públicas deberían ser (en el buen sentido de la palabra) fiestas de la contratación, un escenario en donde los empresarios deberían ir felices a contratar con el Estado, donde participen los mejores, los más honestos, los que ofrezcan los mejores servicios, mejor tecnología, más innovación. Y el Estado debería tener toda esa cantidad de ofertas para seleccionar la mejor, al mejor empresario. Pero las prácticas que hoy en día se observan incluyen, por ejemplo, los pliegos *sastre*, o las coimas para dirigir en determinado sentido la licitación pública, o las prácticas de corrupción privada de empresarios que se ponen de acuerdo para manipular la media, o los contratistas que se reparten geográficamente las entidades del Estado, los contratistas que acuerdan no presentarse en una licitación para que se declare desierta y así abrir un proceso con otras condiciones o para contratar de manera directa, contratistas que están compitiendo en un proceso licitatorio donde uno le paga al otro para que se retire de la licitación. En el caso de Odebrecht se han "combinado las distintas formas de lucha" para lograr acceder a la licitación, de forma que dependiendo del proceso se utiliza alguna de estas estrategias para ganar. Por ejemplo, el contratista presenta una buena oferta con el lleno de las condiciones necesarias, pero tiene competidores que en el camino le ofrecen dinero para que no oferte o se retire. Muchas veces se le paga al funcionario público, como ocurrió con Ruta del Sol Tramo II, donde se entregaron US$6.5 millones a un

viceministro. El caso de Odebrecht era tan complejo que se le pagaba al servidor público encargado de adjudicar la licitación un dienro y entonces el funcionario preguntaba ¿para qué esos US$5 millones?, ¿qué tengo que hacer?, y entonces Odebrecht le respondía "nada, cumpla con la ley no se deje comprar de otro", era como una especie de "seguro anticorrupción" que pagaba Odebrecht. Agregó el Fiscal General de la Nación que en la contratación pública se debe eliminar la competencia y para ello mirar el margen de rentabilidad. En el Perú la rentabilidad era en las reclamaciones y en Colombia ya había una reclamación por $700.000 millones que era la mitad del valor del contrato. Normalmente en la solución de conflictos se recurre a un panel de expertos, una especie de mecanismo de solución intermedia de carácter técnico que podría proponer a las partes una solución; en el caso de Odebrecht la pregunta es si le pagó a ese panel de expertos $4.000 millones.

Como vemos las posiciones de dos autoridades, tanto la fiscalía como la superintendencia, que trabajan de manera conjunta en ciertos casos cuando hay fraude a la competencia reconocen prácticas que limitan el ejercicio de ese derecho en la contratación estatal, como el que ya conocemos, pliegos de condiciones a la medida del adjudicatario.

En 2018 la Universidad Externado de Colombia editó cuatro tomos de la obra conjunta *Corrupción en Colombia*[321], y entre los análisis de los participantes la doctrinante Safar hace una aproximación al modelo de contratación pública en Colombia y se interroga acerca de por qué la contratación se ha convertido en el principal foco de corrupción, y concluye que los proyectos son altamente costosos, y en su mayoría no logran materializarse, o en otros casos no materializan verdaderas políticas públicas y por tanto no cumplen adecuadamente con el ejercicio de la función pública. El modelo que tomó Colombia es el europeo en donde se procura realizar procesos de selección que permitan y garanticen la libre competencia e igualdad de trato, con justificaciones propias del derecho administrativo y con fundamento constitucional en el derecho a la igualdad y su materialización en la libre empresa. Entonces, advierte que mientras en Europa se afrontan las compras públicas desde la perspectiva del mercado y con un

[321] Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate. *Corrupción en Colombia*, 4 tt., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018; cfr. Mónica Sofía Safar Díaz. *Contratación pública y corrupción*, t. 4, pp. 265 a 299.

enfoque económico, Latinoamérica sigue estancada en la visión jurídica de la contratación pública, asimilándola a un procedimiento administrativo cualquiera, en el cual el cumplimiento de la función administrativa se materializa como si se tratara de una expropiación o una sanción administrativa. Entonces, si en Europa en menos escala persiste la corrupción, la pregunta que surge es si la discusión se debe centrar en los mecanismos de selección de contratistas o si, por el contrario, la problemática abarca otros aspectos de la contratación, en los que el mecanismo de selección es uno de sus componentes. Para entender realmente la dimensión del problema y buscar soluciones integrales, es necesario diseñar incentivos correctos que impidan sacrificar la eficiencia o la eficacia a cambio de favorecer intereses particulares de los involucrados en los procesos de selección, de manera que el objetivo principal sea el cumplimiento de las políticas públicas. Luego la doctrinante analiza los incentivos de los particulares en la contratación y señala que el productor debe estar consciente de que por regla general para obtener un negocio con el Estado tiene que someterse a un mecanismo concursal de selección, en el cual las probabilidades de ser escogido están igualmente repartidas entre todos los licitantes, y tener claro que entre mayor sea el número de oferentes en el proceso de selección, menor será su probabilidad de ganar el concurso. Es por ello que, bajo un estricto análisis de costo-beneficio, el ofertante opta por comprar la posición de adjudicatario y posterior contratista, o busca acuerdos con los demás potenciales proponentes, bien sea para que se retiren o se abstengan de participar, o para que presenten propuestas que no cumplan con los parámetros para ser seleccionados. Entonces, si pagar para que le adjudiquen el contrato se ve compensado por el beneficio de su ejecución, opta por dicha opción de cara a la utilidad esperada.

Luego en otro aparte la doctrinante menciona al servidor público a quien se le encarga de la cosa pública; se trata de aquellos que son elegidos pero cuando están posicionados en la organización buscan una utilidad personal y hasta con detrimento de las políticas de la organización que representan, y es allí donde aparece la figura del contratista como tercero interesado quien, en su propio interés, decide capturar al agente público, el cual por tener el poder de decidir a quién se contratará, genera una relación de satisfacción común de intereses sin tener en cuenta los efectos negativos a terceros. Y agrega:

> Es claro entonces que la corrupción en la contratación estatal requiere comprender su origen desde la perspectiva de los intereses e incentivos de los partícipes, yendo más allá del dilema moral, para proponer medidas enfocadas precisamente en desincentivar esas conductas y, especialmente para no sacrificar la finalidad de la contratación, es decir, una prestación adecuada de los servicios públicos, aun cuando esos comportamientos se sigan presentando, lo que por supuesto debe acarrear responsabilidades personales de los involucrados desde el ámbito sancionatorio y de responsabilidad civil.

Y por ello considera que el escenario más importante en el que se deben generar incentivos positivos para disminuir las conductas de corrupción en los contratos estatales, atacando con ello los problemas de agencia y asimetría de información en el marco de la contratación pública, es el fortalecimiento de la planeación de los procesos de contratación.

Presentado el panorama actual y un diagnóstico de la contratación estatal en Colombia pasaremos a presentar un aspecto importante como es el análisis económico del derecho en este contexto de la contratación pública.

b. Análisis económico del derecho

En el capítulo de la licitación pública vimos que conceptualmente la manera de garantizar la transparencia en este proceso de selección es permitir la pluralidad de oferentes o la libertad de concurrencia, de tal manera que entre más licitantes tenga la entidad estatal mejores posibilidades tiene de seleccionar la oferta más conveniente en desarrollo del principio de selección objetiva. Sin embargo, esa no es la única ventaja que se deriva de la alta participación de proponentes en la licitación pública, tanto la doctrina nacional como extranjera son del criterio de que la entidad estatal obtiene un beneficio económico derivado de la dicha pluralidad de proponentes.

Bajo esta concepción, habría lugar a profundizar un poco más en este último concepto. Se trataría de aquel escenario en el cual la entidad estatal propone que para adjudicar los puntos de la propuesta económica, se opte por incluir en los pliegos de condiciones que se adjudique el contrato a aquel proponente que ofrezca el "menor precio", de tal manera que los puntos de los otros proponentes se asignan por una regla de tres en los siguientes menores precios ofrecidos.

Como vemos, existe un incentivo para estimular descuentos a favor del Estado derivado de colocar una regla donde el menor precio estimula a la competencia para tratar de ofrecer el precio más bajo sin incurrir en una práctica llamada "propuesta artificialmente baja", que sería ofrecer una propuesta económica en punto de pérdida, la cual generaría el rechazo de la propuesta.

En ese contexto se pasa a evaluar hasta dónde esta situación puede someterse al juicio de una teoría denominada análisis económico del derecho que pasaremos a explorar.

Los autores consultados[322] parten de la premisa de que el "análisis económico del derecho"[323] es una propuesta académica para intentar acercar el derecho y la economía. En el origen tuvo

---

[322] Ana María Arjona Trujillo y Mauricio Rubio Pardo. *El Análisis Económico del Derecho*, dicponible en [https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf.], consultada el 17 de junio de 2018.

[323] Los principales métodos asociados con la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho son expuestos de manera precisa por Edmund W. Kitch de la siguiente forma: "1) Se concebirá el objeto de estudio como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos. Un objetivo central del cuerpo de conocimientos del derecho y la economía ha sido analizar la interacción dentro del sistema de normas y el comportamiento de los individuos, con el fin de determinar los efectos de dichas normas. Esta concepción de la agenda del saber jurídico formaba parte esencial del realismo legal, pero la economía, a través de los métodos que desarrolló para pensar en la interacción entre costos, rendimientos y maximización individual de la utilidad, ofreció un marco analítico elegante y adaptable a esa investigación. 2) El propósito del análisis científico es identificar el componente sistemático de los fenómenos y separarlo de los fenómenos aleatorios. Una generalización puede servir incluso si es capaz de explicar sólo una porción del comportamiento examinado. Esta idea se deriva de la ciencia social en términos generales y de la metodología de la estadística en términos específicos. 3) Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico. Dicho premisa se obtiene de los preceptos conductuales de la teoría de los precios, donde sus predicciones ha resultado poderosas y útiles. El análisis conductual puede utilizarse para analizar los efectos de las relaciones dado que permite preceder si los individuos cambiarán su comportamiento para evitar los costos de las leyes y obtener sus beneficios. Esta predicción es un generador prolífico de hipótesis para la investigación. […]. El énfasis en la premisa del interés propio en el análisis económico del derecho ha generado críticas sobre la base de que ésta inculca hábitos amorales del pensamiento. Sin embargo, la premisa de que el interés propio es una fuerte regularidad del comportamiento humano no implica la hipótesis de que la gente

un primer uso en los casos judiciales como fuente de información para el estudio del comportamiento de algunos actores económicos, sobre todo en los caso anti-trust que llegaban

---

actuará de manera antisocial. Más bien, el interés propio puede explicar con precisión por qué la gente acata las normas morales y jurídicas de la comunidad social. Los beneficios obtenidos del comercio pueden existir solo si cada individuo está dispuesto a cooperar con los demás, y las normas morales y jurídicas de la sociedad pueden entenderse como el marco de referencia que posibilita dicho comercio. 4) La necesidad de examinar, tanto los efectos marginales como totales, con especial énfasis en los primeros, es importante para entender la respuesta humana de la ley. Esta idea se infiere también de la teoría de los precios en la que se utiliza. En análisis marginal es crucial para entender los efectos en la producción de la discriminación de precios, y, en consecuencia, el efecto de las leyes antieconómicas que prohíben esta discriminación. Dicho análisis es importante también para examinar el efecto de diversos programas de transferencias y de recursos fiscales, cuyo resultado debe calibrarse según su efecto sobre los incentivos marginales. […]. 5) Los bienes y servicios son multidimensionales, y la regulación de una dimensión afectará las otras dimensiones del bien o servicio. Este principio es importante porque las leyes a menudo afectan únicamente un aspecto de un conjunto complejo de interacciones. Por ejemplo, con frecuencia la regulación económica reglamenta sólo el precio al que puede venderse un bien o servicio sin especificar la calidad y las condiciones en las que venderá. Los vendedores responderán a una restricción sobre el precio cambiando uno de los parámetros de calidad. Sólo si se regulan todos los parámetros dentro del control del vendedor podrán controlarse estos efectos. 6) Al evaluar los efectos de la ley, es importante la respuesta transaccional privada de varios individuos. Deben observarse, más allá de las reacciones de un particular a una norma legal, las respuestas sistemáticas abiertas a un grupo de personas. Si se suponen cero costos de las transacciones, el teorema de Coase entre en juego y generar el corolario de que la ley no importa. […]. 7) El evaluar arreglos regulatorios del mercado, es importante comparar el arreglo que se está evaluando contra otras alternativas institucionales viables. Demostrar las imperfecciones del mercado y de la administración es un simple ejercicio intelectual; pero se trata de un ejercicio de escaso interés. Como la perfección no se puede lograr, se tendría que buscar la mejor opción disponible. 8) Los informes jurídicos y los expedientes de casos contienen información útil y cuidadosamente registrada acerca de las prácticas económicas particulares. Basarse en antecedentes de la corte en el derecho consuetudinario, con el propósito de iluminar casos concretos, fue una idea pionera en el área de antimonopolios en la materia, y se ha extendido en la actualidad a numerosos campos. 9) El estudio de la historia jurídica y del derecho comparado es importante, ya que las diferencias significativas en la estructura de las instituciones jurídicas solo aparecerán, probablemente, cuando existen diferencias en las condiciones de costos que la sociedad enfrenta". Andrés Roemer. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 15 a 19

a la justicia norteamericana y a partir de los cuales los economistas pretendían explicar los comportamientos de los empresarios que actuaban en mercados no competitivos.

Igualmente, la teoría intenta explicar cuáles son los efectos de las leyes, y luego determinar qué leyes permiten alcanzar determinados resultados, y ello relacionado con qué es lo mejor para la sociedad, lo que supone emitir juicios de valor. Según lo que se plantea, la escuela tradicional apela a la eficiencia como criterio para la valoración de las situaciones, así que se recomendaría la adopción de aquellas leyes que permitan alcanzar situaciones eficientes. No todos los teóricos comparten esta conclusión, pues consideran otros criterios como la justicia, la equidad, la protección a ciertos bienes jurídicos y valores morales, que parecen necesarios para recomendar leyes o políticas. Se define, entonces, el análisis económico del derecho como la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales.

Entre las distintas escuelas está la Escuela de la Nueva Economía Institucional (NEI)[324], que en nuestro criterio podría acercarse a las pretensiones del trabajo de campo, y que propone como

---

[324] Para la perspectiva neoinstitucional, el estudio del análisis económico del derecho tiene como meta la identificación de las variables instrumentales, y de las cuestiones y procesos que fundamentan la operación de las instituciones jurídicas de significación económica. Según este autor, la economía de los derechos de propiedad y costos transaccionales conocida como la nueva economía institucional o neoinstitucional, tuvo su origen modesto a finales de la década de 1950 con el trabajo de Armen A. Alchian. Se agrega que esta escuela considera la forma en que la estructura de los derechos de propiedad y los costos de las transacciones afectan los incentivos y el comportamiento económico. Se trata de demostrar que las instituciones importan. Y aunque cada estructura organizacional distinta afecta los incentivos y el comportamiento, las propias instituciones se consideran como objetos legítimos de análisis económico. Dice el autor que la nueva perspectiva institucional emplea la metodología general de la perspectiva tradicional y se introducen algunos cambios de la producción y el intercambio: 1) *Individualismo metodológico*. Se da una interpretación completamente nueva al papel de los individuos que deciden dentro de una organización. La colectividad *per se* ya no es el enfoque principal, sino que la teoría de dichas unidades sociales debe comenzar con explicaciones acerca de las situaciones de sus miembros individuales; 2) *Maximización de la utilidad*. Al contrario de la práctica convencional, la dicotomía entre la teoría de la elección del consumidor y la teoría de la empresa termina al ampliarse la hipótesis de

premisa fundamental que las instituciones son factores importantes en la determinación de la estructura económica de la sociedad y de su desempeño. El análisis de esta escuela se concentra en tres aspectos: los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción. Señala que al igual que en la economía clásica, se destacan las ventajas de la división del trabajo, de la especialización y del intercambio como fuentes de creación de riqueza. Entonces, al ampliarse los mercados el número de transacciones crece de manera exponencial. La diferencia que propone esta escuela es que la clásica se concentra en los costos técnicos de los procesos productivos mientras que la nueva hace énfasis en los costos en que los agentes incurren para llevar a cabo el intercambio: los costos de transacción. Surge entonces un interrogante: ¿por qué es costoso intercambiar? Y aquí se destacan en esta escuela dos elementos: la información y las reglas de juego. La información es pertinente para las transacciones porque los individuos quieren estar en capacidad de medir los atributos, las características de lo que se está

---

maximización de la utilidad a todas las opciones individuales, aun cuando dicha persona sea directivo de una oficina gubernamental o de una empresa privada; es claro, entonces, que ese directivo tomará sus propias decisiones y perseguirá sus propias metas dentro de los límites permitidos por el sistema que opera; 3) *Racionalidad limitada*. Para enfocarse con mayor precisión en las condiciones del mundo real de las instituciones es importante aceptar que los individuos tienen sólo una capacidad limitada para allegarse y procesar información. Simón utiliza el término "racionalidad limitada" para reflejar que quienes deciden, y cuya racionalidad puede suponerse de manera intencional, no son hiperirracionales. El autor trae a colación a Kreps y trascribe: "Un individuo completamente racional puede prever todo lo que podría suceder, para evaluar y elegir en forma óptima entre las diferentes acciones que se presentan, todo ello en un abrir y cerrar de ojos y sin costo. En cambio, un individuo limitadamente racional trata de maximizar pero le resulta costoso hacerlo; al ser incapaz de prever todas las contingencias y consciente de dicha incapacidad toma providencias *ex ante* para un tiempo (casi inevitable) *ex post* cuando haya de presentarse una contingencia imprevista", y 4) *Comportamiento oportunista*. Como ha observado Williamson, mientras que la racionalidad limitada impide la celebración de contratos complejos, podría haber una confianza general en los contratos incompletos si los agentes económicos fueran dignos de fiar. Sin embargo, de hecho, es probable que algunos individuos (directivos o agentes) no sean honrados porque pueden disfrazar diferencias, distorsionar datos, y confundir deliberadamente los asuntos, presentándose entonces una "búsqueda de interés propio con dolo", y ya que ordinariamente es muy costoso distinguir a los actores oportunistas de los que no lo son *ex ante*, la celebración de contratos globalizadores o de cobertura plena se irá a pique forzosamente. Cfr. Andrés Roemer. Ob. cit., pp. 41 a 54.

intercambiando, así que cualquier intercambio involucra una alteración en los derechos de propiedad sobre un bien o servicio. En esos términos, dicen los expositores, los agentes tienen interés en conocer y medir atributos, en informarse acerca de la canasta de derechos involucrada en cada transacción y esa tarea es costosa. El segundo elemento que genera costos alrededor de las transacciones tiene que ver con las reglas de juegos, cómo se elaboran y se cumplen los acuerdos, los contratos, los compromisos que rodean el intercambio. Se señala que es precisamente de los problemas relacionados con la especificación de los derechos y con la medición de los atributos de lo que se está intercambiando de donde surge la importancia de las reglas de juego bajo las cuales se realiza el intercambio.

Concluyen los tratadistas lo siguiente:

> La economía neoclásica tradicionalmente supone que el marco legal, las costumbres, la cultura, las instituciones que rodean las transacciones son homogéneas, y eficientes en el sentido que contribuyen a minimizar los costos del intercambio. La NEI pone en duda la universalidad de este supuesto. *No siempre las partes involucradas en una transacción tienen los incentivos suficientes para no hacer trampa*, *o incumplir*.
>
> Como elementos determinantes de los costos de transacción la NEI sugiere: (i) la definición de los derechos de propiedad; (ii) el tamaño del mercado, que determina lo impersonal que es el ambiente en el cual se da el intercambio; (iii) *la capacidad de hacer cumplir la ley*; (iv) las actitudes ideológicas: las percepciones individuales acerca de la legitimidad de las reglas del juego afectan las posibilidades de intercambio y los costos de llevarlo a cabo (cursiva fuera de texto).

Nos anticiparemos a los resultados de nuestro trabajo de campo para confrontarlos con la Escuela de la Nueva Economía Institucional. Una primera característica de esta escuela son los costos en que incurren los agentes para llevar a cabo el intercambio. Cuando se trata de la materia de contratos estatales, nuestro trabajo de investigación se centró en la celebración de contratos de obra. Ello supone que el constructor interesado en presentar oferta (que en este caso sería nuestro agente) debe contratar los servicios de un ingeniero civil, de un abogado experto en contratación estatal y de un contador para estructurar la propuesta técnica, legal y financiera, lo cual le demandará una cifra X, adicional a los costos propios de la operación de su empresa que se sumarán a dicha cifra.

¿Para qué contrata personal especializado? Desde el punto de vista legal requiere estudiar las reglas de participación, cuáles son los documentos legales que debe llevar al proceso para minimizar el riesgo de que la oferta sea rechazada por requisitos formales, revisar los requisitos mínimos exigidos a los profesionales con respecto a los documentos soporte de la experiencia y que se cumpla con las exigencias en los títulos y la educación superior.

Y desde el punto de vista técnico, que las especificaciones se correspondan con los análisis de precios unitarios de tal manera que sea financieramente viable y que los recursos presupuestales permitan concluir el proyecto a partir de sus exigencias técnicas, incluyendo el estudio del principio de planeación donde se cumplan la gestión predial, la ingeniería de detalle y las autorizaciones previas como licencia ambiental, de construcción y de permiso arqueológico cuando haya lugar.

Finalmente, desde el punto de vista financiero, que haya un estudio referido a la carga tributaria y cuál sería el marguen de utilidad que dejaría la ejecución del proyecto.

En conclusión, se requiere conocer muy bien el proyecto de construcción, saber cuáles son sus costos directos e indirectos, con quién está compitiendo para determinar si compite en igualdad de condiciones y si tiene alguna posibilidad de ganarse la licitación, y por último que utilidades espera obtener en caso que llegase a ser adjudicatario.

Agrega la escuela que hay dos elementos que sirven para efectos de intercambiar: la información y las reglas de juego.

En nuestro caso se trata de los constructores (los agentes) que quieren participar y están interesados en el mercado de los contratos públicos, el cual tiene unas reglas propias contenidas en los pliegos de condiciones, y que administran dos tipos de información: la especificación técnica del objeto del contrato y el presupuesto destinado por la entidad para cancelar su valor y que debe remunerar la entidad estatal que lo va adjudicar; por otra parte están las reglas de participación que diseña la entidad estatal para determinar quién pueden presentar oferta técnica y económica.

Luego la Escuela indica que el marco legal, las costumbres, la cultura, las instituciones que rodean las transacciones no tienen suficiente información y por el contrario las partes involucradas en una transacción no siempre tienen los incentivos suficientes para no hacer trampa o incumplir.

Decíamos que el empresario (agente) debe incurrir en unos costos para elaborar la propuesta técnica (ingeniero civil), legal (abogado experto en contratación) y financiera (contador), y sus gastos operacionales empresariales. Por lo tanto, para incurrir en unos costos de esta magnitud debe establecer si la información disponible le permite ejecutar ese gasto para presentar oferta en una licitación de obra. En el análisis que efectué frente a las convocatorias públicas entre los años 2012 a 2015 encontré que más o menos el 75% de ellas tenían uno, o máximo dos licitantes, no generaban descuento para la entidad estatal que convocaba la licitación pública y de igual manera consagraba reglas desproporcionales.

Para explicar este situación debemos señalar que la información disponible que tuvieron los proponentes interesados señalaba que los pliegos de condiciones tenían reglas excluyentes y discriminatorias que impedían presentar ofrecimiento a la entidad estatal, y un empresario no invierte su dinero para preparar una oferta si de antemano los pliegos de condiciones los encuentra "amañados" y por ende se abstiene de participar al no encontrar garantías de transparencia en el proceso que le permitan competir en igualdad de condiciones.

Sin embargo, debemos señalar que en algunos casos los interesados presentaban observaciones intentando que se modificaran las reglas de participación, pero al rechazarlas la entidad estatal, al final se abstenían de presentarse a la convocatoria pública; en otros casos no había interesados en el proceso, no se presentan observaciones ni a los proyectos de pliegos de condiciones ni a los pliegos de condiciones definitivos, y al final sólo se presenta un licitante o máximo dos. En estos casos eran tan evidentes las reglas abusivas en los requisitos de participación que nunca hubo interés de los constructores ni siquiera de hacer observaciones y menos de presentar una propuesta.

No obstante, es necesario ilustrar por qué se presentan uno o máximo dos licitantes y se adjudica la licitación sin ningún descuento para la entidad estatal en más o menos el 75% de los casos analizados. En este caso no hay descuento ni beneficio económico para la entidad estatal por

cuanto las reglas de participación son desproporcionadas, porque o bien había nula participación incluso desde la etapa de anuncio de la convocatoria, o cuando había algún interesado, las solicitudes para modificar las reglas de participación no eran aceptadas por la entidad estatal. Entonces, podemos concluir que había un seguro dado por la entidad estatal donde al único proponente se le garantizaba que no iba a tener competencia, con lo cual, a pesar de existir unos puntos para adjudicar la oferta económica que podrían incentivar la presentación de propuestas con descuentos, se sabía de antemano que al no existir competencia, estos puntos no estarían en disputa no existiendo riesgo de perderlos si no se daba el descuento. En otras palabras, si bien hay incentivo de puntos para adjudicar el componente de la oferta económica, al existir el seguro de que no habrá competencia, no es hace necesario que el único proponente presente oferta económica con descuento. Por lo tanto la trampa está allí y consta de dos partes: i) un servidor público que representa a la entidad estatal y es el encargado de administrar la licitación pública para diseñar la arquitectura del pliego de condiciones con reglas desproporcionales, y ii) un sólo proponente que puede cumplir con las reglas del pliego, y que se presenta con la seguridad de que no va a tener competencia, y que en caso de haberla, las reglas abusivas se van a conservar durante todo el trámite del proceso de selección como garantía de que se le adjudicará el contrato.

¿Por qué se puede argumentar que hay una trampa? Porque de entrada la licitación pública contiene unas garantías constitucionales que gobiernan la libertad de concurrencia y el derecho de igualdad, y por definición los servidores públicos deben promover que están a cargo de su administración, además de diseñar un proceso de selección en el que se establezcan unos requisitos mínimos de participación para determinar el perfil del proponente que le garantice el cumplimiento del contrato en condiciones de capacidad técnica, legal y financiera. Una vez definidos dichos requisitos mínimos se abre la posibilidad de que a todo aquel que pueda garantizar el cumplimiento del contrato se le permita hacer un ofrecimiento. Con ello el Estado obtiene la posibilidad de que seleccione la propuesta más conveniente y obtenga un beneficio económico. Pero eso justamente es lo que no se cumplió en más o menos el 75% de las licitaciones públicas evaluadas, donde no hubo concurrencia, no hubo beneficio económico y lo que se detecta es que las reglas fueron desproporcionales. Se presenta la trampa porque se invoca el interés general como parámetro para incorporar reglas abusivas, arbitrarias, sin ningún

tipo de justificación, para favorecer los intereses del único proponente y así adjudicarle la licitación.

Los informes de los organismos de control y de las organizaciones dedicadas a investigar la corrupción, como Transparencia Internacional, indican que el porcentaje que se paga por la adjudicación de un contrato en la transacción irregular entre el servidor público y el beneficiario alcanza el 20% del valor del contrato (el caso más reciente y sonado son las comisiones que pagó Odebretch por la adjudicación de la licitación pública de la Ruta del Sol[325]). Pero pueden

[325] Este caso lo podemos ilustrar con la Resolución n.º 5216 del 16 de febrero de 2017, de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se dictó una medida cautelar dentro del proceso de Licitación Pública n.º SEA-LP-001-2009 que culminó con la suscripción del Contrato de Concesión n.º 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, para suspender o hacer cesar los efectos de las conductas presuntamente violatorias de la libre competencia e impartir instrucciones para su restablecimiento. Entre los considerandos se destaca, en primer lugar, el reconocimiento de la Superintendencia, que el ordenamiento jurídico elevó a rango constitucional, de la protección de la libre competencia al que le atribuyó la categoría de derecho colectivo, para convertirse en la columna de la economía social de mercado, para lo cual transcribe los artículos 88 y 333 de la Constitución Política. Cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho colectivo, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o pueden llegar a concurrir a un mercado. Trascribe a renglón seguido la Sentencia C-535 en la que se señala que, si los mercados son abiertos y transparentes, los empresarios se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. Y en esos términos: "La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precio 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". Adicionalmente, considera que las medidas cautelares tienen un propósito y es que "están orientadas a suspender o hacer cesar los efectos de la presunta conducta anticompetitiva y, consecuencialmente, a restablecer la competencia en el mercado así como al cese de la práctica anticompetitiva, que por virtud del peligro derivado de la mora procesal (*periculum in mora*), podría hacer nugatorio el remedio que correspondería adoptar en la decisión que ponga fin a la actuación administrativa. Y agrega (p. 4): "Sobre este último aspecto, debe advertirse que la administración, al definir la medida cautelar que procede, está guiada por la alta apariencia de ilicitud (*fumus commissi delicti*), por el peligro de la mora procesal (*periculum in mora*) y por el criterio de proporcionalidad, de modo que el ejercicio del poder estatal debe guardar correspondencia con la gravedad de la afectación del bien jurídico tutelado y los

fines esenciales del Estado. La regla es: cuanta más apariencia de ilicitud de la conducta mayor capacidad cautelar, y cuanto mayor sea la afectación al interés general mayor capacidad cautelar. La medida cautelar implica un análisis de la proporcionalidad de la medida, para lo cual debe sopesarse la posible afectación del interés particular como consecuencia de su imposición con el interés general del mercado y las finalidades constitucionales y legales del régimen de libre competencia económica, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él". Nos recuerda el marco normativo de la libre competencia económica, empezando por el artículo 333 de la Constitución Política y luego el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 que prohíbe en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y que, en consideración de la Superintendencia, abarca los comportamientos que puedan llegar a desplegar agentes que participan en el mercado, "… incluso, aquellos que sin tener el propósito explícito de afectar la libre competencia, se convierten en conductas idóneas y apropiadas para limitarla por su naturaleza y/o características". En el marco normativo se describe también el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que estableció como acuerdos restrictivos de competencia aquellos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicación de contratos, o la distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. Finaliza estableciendo que se hará una calificación preliminar de las conductas desplegadas por ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, hoy CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., integrada por Constructora Norberto Odebrecht, Odebrecht Investimentos em Infra-Estructura Ltda., Estudios y Proyectos del Sol S.A. EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A., durante el proceso de Licitación Pública n.º SEA-LP-001-2009 que dio lugar a la suscripción del Contrato de Concesión n.º 001 de 2010 entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Concesionaria Ruta del Sol. Registra la Superintendencia que en el informe de evaluación de las propuestas de tres proponentes, solo quedó una propuesta admisible confirmándose en el resultado definitivo, con lo cual se abre sólo el sobre económico y se adjudica en la audiencia pública del 15 de diciembre de 2009 con la resolución 641 del 15 de diciembre de 2009 expedida por Gabriel Ignacio García Morales. En el capítulo 5.5 se relacionan las conductas anticompetitivas de Odebretch S.A. como controlante indirecto de la Concesionaria Ruta del Sol, y específicamente lo relacionado con el direccionamiento en los siguientes términos: "5.5.2. *Direccionamiento de la adjudicación del Contrato de Concesión n.º 001 del 14 de enero de 2010 a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.* Este Despacho encontró que, en el presente caso, presuntamente sucedieron conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica, en el marco del proceso de adjudicación del Contrato de Concesión, Ruta del Sol "Sector n.º 2" a la Concesionaria Ruta del Sol. En efecto, con base en la información recolectada hasta este momento –y sin perjuicio de que durante el transcurso de la eventual investigación administrativa que adelante este Entidad se encuentren evidencias que den cuenta de otras conductas presuntamente anticompetitivas–, dicha adjudicación habría sido resultado de direccionamiento del proceso de licitación por parte de funcionarios de la Entidad contratante

(INCO) (hoy ANI), a cambio de un soborno pagado por algunos de quienes hicieron parte del proponente ganador, con lo que se habrían limitado las condiciones de competencia en el referido proceso y asegurado el resultado de la adjudicación. […] Además, se evidencia la forma en que, posiblemente, *dicho funcionario direccionó el proceso licitatorio con el fin de favorecer la propuesta de dicha empresa y así falsear la libre competencia económica en el proceso contractual*, *en desmedro de las obras propuestas presentadas*. *El funcionario Gabriel Ignacio García Morales*, *en su calidad de Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO*, *habría ejecutado dichas conductas irregulares a cambio de un soborno pagado por Odebrecht*, *por un monto de USD 6.5 millones*" (cursiva fuera de texto). Así las cosas, las conductas ilegales aceptadas por personas vinculadas con Odebrecht como entidad controlante del consorcio contratado y por el funcionario del INCO como entidad contratante, es decir, Gabriel Ignacio García Morales, para entonces viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del INCO, resultaron idóneas para falsear la libre competencia económica en el proceso contractual en el que tuvieron lugar (Ruta del Sol, Tramo 2) y, según la descripción que de ellas se tiene, constituirán también una presunta infracción del régimen legal colombiano de la libre competencia económica". Luego de la demostración de la violación de la protección de la libre competencia sustenta la Superintendencia la afectación de dicho derecho en la contratación estatal en los siguientes términos: "5.5.3. *Afectación actual de la libre competencia económica generada por las conductas desplegadas por Odebrecht y el INCO* […] Por lo anterior, la protección de la libre competencia en los procesos de selección contractual que adelanta el Estado (compras públicas) merece especial atención de la autoridad de protección de la libre competencia económica. Es por esta razón, que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece expresamente como un acuerdo contrario de libre competencia la colusión en licitaciones públicas. […] En línea con lo anterior, la libre competencia económica en un proceso de selección contractual se ve falseada por la manipulación de su resultado, de forma tal que el adjudicatario *se hace al contrato objetivo sin someterse a un proceso competitivo sino por cuenta de maniobras de carácter ilícito*. *Tales estrategias anticompetitivas habitualmente se presentan de dos formas*: (i) acuerdos entre oferentes –hay muchas modalidades y tipologías–, y (ii) *corrupción de funcionarios públicos*, *sin perjuicio de otro tipo de prácticas consideradas también anticompetitivas*. […] *En el segundo caso*, *un determinado oferente interesado en ser el ganador en un proceso de selección contractual del Estado*, *puede ofrecer incentivos (sobornos o coimas) a uno o varios funcionarios públicos*, *para diseñar las condiciones del concurso*, *manipular su trámite*, *o amañar su resultado*, *y por esta vía*, *hacerse al contrato de su interés en clara violación de la libre competencia*. *Así*, *la corrupción de funcionarios públicos se asemeja más a un acuerdo vertical*, *dada la relación entre el funcionario*, *como representante del comprador (entidad pública) y el oferente*" (cursiva fuera de texto). Volviendo al fallo es importante el reconocimiento de la Superintendencia respecto de la ausencia de beneficio económico en este proceso de selección: "En este sentido, que el objetivo del mencionado incentivo, coima o soborno fuera que las distintas propuestas diferentes a la presentada por ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. resultaran rechazadas o no admitidas durante el proceso de selección,

permite a este Despacho considerar que tal acto de corrupción confesado por Odebrecht y confesado por Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General Encargado del INCO, habría logrado evadir los retos naturales que enfrenta un proponente en un concurso competitivo, lo que a su vez le habría permitido estructurar una propuestas que le posibilitaría extraer mayores rentas del mercado para beneficio propio. *Indiciario de dicha situación es el hecho de que la oferta económica presentada por ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S. y finalmente seleccionada por el INCO como ganadora ascendió al 100% del valor máximo de vigencias futuras que dicha entidad pública podía comprometer*" (cursiva fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto por la Superintendencia, consideramos que no se logró un beneficio económico, entre otras cosas por la falta de pluralidad de oferentes, pues como se explica, en la disputa de los puntos de la oferta económica el oferente ganador ofertó sobre la totalidad de los recursos, como si tuviera un seguro, y efectivamente lo tenía pues había pagado un soborno para obtener dicho seguro, y no deja de llamar la atención que entre los supuestos oferentes plurales que se presentaron ninguno cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y fueron rechazados, quedando un sólo proponente habilitado. Entonces, seguimos planteando que a baja concurrencia ningún descuento obtiene la entidad estatal. Retornando al fallo, en esos términos decide imponer la medida cautelar de ordenar dar por terminado el contrato haciendo uso de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, aplicando la causal cuando el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, al haberse celebrado el contrato como resultado de la ejecución de prácticas y/o conductas contrarias del régimen de libre competencia económica formuladas como prohibiciones expresas, y así sustenta la medida: "En efecto, para el caso *sub examine*, se hace necesario indicar que existe un principio constitucional, como lo es el principio de libre competencia económica, que se establece de manera general como un derecho de todos, un principio rector para la economía y, además de ello, establece como obligación para el Estado el impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica. *Con todo*, *ese principio de rango constitucional tiene desarrollo en normas de rango legal*, *como son la Ley 155 de 1959 y el Decreto Ley 2153 de 1992 que prohíben la realización de conductas anticompetitivas*, esto es, de conductas que puedan afectar la libre competencia en el mercado. Estas normas generales del régimen de libre competencia económica y, en particular, lo relacionado con el principio de libre concurrencia a los mercados y la determinación del precio en un proceso de selección contractual, se recogen a su vez en el régimen especial de contratación pública en los principios de transparencia y selección objetiva establecidos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y el artículos 5.º de la Ley 1150 de 2007, respectivamente. El principio de selección objetiva, como lo ha señalado el Consejo de Estado, guarda una estrecha relación con el principio de libre competencia económica en la medida en que aquél busca la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción ya sea de las necesidades o de las finalidades estatales, sin tener en cuenta factores de afecto o de interés o, en general, cualquier otro factor subjetivo. Esto solo se puede lograr en la medida en que se realice un ejercicio comparativo entre las propuestas

mediar otro tipo de intereses como, por ejemplo, el financiamiento de la campaña política del servidor público que toma la decisión, combinando para el efecto el pago de una comisión y las relaciones políticas previas.

Entonces, cuando la teoría indica que los elementos determinantes de los costos de transacción incluyen la capacidad de hacer cumplir la ley, tenemos que decir que en nuestro ejemplo se incumple la ley, por cuanto se vulneran derechos constitucionales como el de la igualdad (art. 13 C.P.) y la libre competencia económica (art. 333 C.P.), y se viola el contenido de los pliegos de condiciones (num. 5 art. 24 Ley 80 de 1993 y art. 5.º Ley 1150 de 2007), lo que impide que la entidad estatal logre los beneficios económicos que reportaría la puja entre licitantes para obtener la adjudicación del contrato en igualdad de oportunidades.

---

que se presenten, lo que deber ser garantizado por la fijación de reglas claras y objetivas que permitan el libre acceso de todos los interesados al proceso de selección contractual. De manera que si no se garantiza la libre concurrencia en el proceso de selección contractual, se vulnera el principio de selección objetiva, toda vez que se excluirían posibles proponentes y, en consecuencia, se restringirían los oferentes, entre los cuales es posible que no se encuentre la oferta más favorable para el Estado. Así, cuando existen incentivos (como los sobornos) o acuerdos anticompetitivos entre proponentes para lograr la adjudicación del contrato, el escenario para la Administración no es el mejor, en la medida en que no podrá escoger la oferta más favorable para la satisfacción de las necesidades públicas, sino aquella que sea impuesta por los cartelistas o aquella elegida con fundamento en una motivación que carece de objetividad y, por el contrario, se fundamenta en el propio interés del proponente y del funcionario que recibe el incentivo. Es así que, cuando se logra la adjudicación de un contrato en un proceso de selección contractual, como el aquí analizado, a través de un incentivo ilegal o a través de un acuerdo anticompetitivo, no solo se está frente a la infracción del principio de selección objetiva establecido en el régimen general de contratación estatal, sino que también se está ante la vulneración del régimen de libre competencia económica, y en abierta infracción de las prohibiciones en él establecidas, ya sea porque los hechos encuadran en la prohibición general señalada en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 o porque se han configurado los elementos estipulados en el numeral 9 del artículo 47 del referido Decreto".

c. Análisis de 250 licitaciones de obra pública de más de $1.000 millones entre los años 2012 y 2015

A continuación se mostrarán los efectos de reglas desproporcionales frente a la ausencia de beneficio económico como lo propone la doctrina. Al tener el contexto de la pluralidad de oferentes y la posibilidad para el Estado de obtener un beneficio económico que se traduce en un porcentaje de descuento, quisimos realizar un análisis jurídico a las razones por las cuales en los procesos licitatorios en Colombia sólo se presentan uno o máximo dos licitantes, y para ello se propone tomar una pequeña muestra de licitaciones públicas durante un determinado periodo en las que se pretendía adjudicar contratos de obra pública cuyo monto de inversión superaba los $1.000 millones, y demostrar que no se aplicó correctamente el principio de proporcionalidad, como lo exige el ordenamiento actual, específicamente el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007 en sus requisitos habilitantes, entre los cuales se incluye la experiencia y, lo más importante, en donde puede estar el direccionamiento o la confección de pliegos de condiciones a la medida.

La norma establece que los requisitos habilitantes, entre los cuales está la experiencia, deben ser "adecuados" y "proporcionales" a la naturaleza del contrato y a su valor. Si retomamos la idea del legislador en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, vemos que allí se modifica el principio de selección objetiva para erradicar una práctica recurrente y es el direccionamiento de las licitaciones públicas a través de pliegos a la medida de determinados proponentes, y que al parecer esta práctica no se logró desmontar como lo registran los medios y como se demostrará a partir de lo que se enunciará a continuación.

Por lo tanto, se propone confrontar una serie de consideraciones jurídicas iniciales con los modelos de pliegos de condiciones que elaboran las entidades estatales a fin de determinar si hubo o no vulneración del concepto jurídico, para lo cual se estructuraron unos indicadores. Se analizaron las licitaciones en relación con la concurrencia del proceso, su beneficio económico, y si la entidad excluyó la proporcionalidad para definir la regla de participación.

Se trabajaron las licitaciones a partir del día 14 de octubre de 2012 (fecha en la cual las entidades públicas estaban obligadas a publicar sus licitaciones en el Sistema Electrónico

para la Contratación Pública –SECOP–) y hasta el 31 de diciembre del año 2015[326], tomando un total de 250, repartidas entre el 20% de los municipios de cada departamento, teniendo presente una licitación por departamento y una licitación por la capital, y de allí en adelante hasta cubrir dicho porcentaje, y extraer las conclusiones que fue posible observar en ese volumen de información.

Los distritos aportaron una licitación pública por su condición constitucional. Igualmente se tomaron aleatoriamente licitaciones del sector Nación y del sector de entidades estatales creadas por la Constitución Política de 1991.

A manera de ejemplo: Colombia empieza geográficamente por el Departamento de La Guajira, el cual, incluida su Gobernación, tiene quince entidades estatales, por lo tanto, el 20% son tres de ellas, de forma que se analizarán: una licitación pública del Departamento de La Guajira, una licitación pública del municipio de Riohacha y uno más de cualquier municipio, el primero que apareció en la consulta del SECOP.

d. Indicadores

Teniendo en cuenta el régimen del contrato estatal, se propusieron los siguientes indicadores para medir la eficacia de la concurrencia como concepto de interés general y la concurrencia desde la perspectiva del principio de igualdad en los pliegos de condiciones definitivos:

---

[326] Esta fecha de referencia se toma por cuanto tiene relación con la normatividad vigente al momento del Estado colombiano generar un único procedimiento de publicidad de las convocatorias públicas. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.5 del Decreto 734 de 2012, el periodo de tránsito en el cual las entidades estatales deben tener disponible la tecnología para presentar todos sus procesos de convocatoria pública está reseñado en el portal [www.contratos.gov.co], mas conocido como SECOP, y son seis meses de plazo contados a partir de la vigencia del decreto. Como el decreto empezó a regir el 13 de abril del año 2012, entendemos que la puesta en funcionamiento de la tecnología de todas las entidades estatales obligadas a surtir sus proceso por el Estatuto de Contratación de la Administración Pública empezaría a regir a partir del 14 de octubre de 2012, fecha en la cual toda licitación pública adelantada por entidades estatales sometidas al Estatuto de Contratación debería estar publicada en el SECOP. Por lo tanto, tomamos como referencia que si se quiere analizar una licitación de cualquier entidad estatal, la información estará disponible por obligación legal a partir de esa fecha.

1) Libertad de concurrencia

En primer término se revisó el documento "acta de cierre" o, en su defecto, "el acto administrativo de adjudicación del contrato", con el objeto de verificar la concurrencia del proceso. Se debe aclarar que la actual reglamentación establece como jurídicamente válido que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, no se considera una causal para declarar desierta una licitación si se presenta una sola propuesta, siempre y cuando la misma cumpla con los requisitos habilitantes y con los requerimientos contenidos en los pliegos de condiciones.

Sin embargo, ello no quiere decir que sea lo deseable o plausible, por cuanto, como principio orientador del principio de transparencia en la licitación pública está la libertad de concurrencia, y en esos términos un sólo proponente no apuntaría a este principio.

2) Beneficio económico

Tanto la doctrina nacional como la extranjera en general son unánimes en señalar que la promoción de la concurrencia en la licitación pública genera como consecuencia adicional el que el Estado pueda obtener un descuento derivado de la puja entre licitantes.

a) Análisis de un caso relacionado con un ofrecimiento sin beneficio económico

Si revisamos la licitación pública n.º LP-MSJU-002-2015[327], cuyo objeto era la "Construcción de obra nueva de la unidad de salud en el municipio de San José de Ure, Córdoba", ordenada por el municipio de San José de Ure (Departamento de Córdoba), sólo se presentó un proponente. Llama la atención que el valor del presupuesto fue el ofertado por el oferente. Si revisamos la experiencia específica exigida para participar encontramos que la información sobre contratos similares o iguales presentes en el registro de proponentes debían haberse ejecutado en los últimos cinco años contados a partir del cierre del proceso, y restringían la

[327] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-145577].

participación si el proponente tenía algún tipo de multa o sanción, y se exigía que si el proponente era persona natural debía acreditar el ejercicio profesional por diez años y si era persona jurídica haberse constituido por ese término. En cuanto al tiempo que le demandó a la entidad adelantar la convocatoria, la adjudicó en un mes y nueve días.

Dentro del proceso de selección escogido encontramos que no se presentaron observaciones ni al proyecto de pliegos de condiciones ni al pliego de condiciones definitivo. A lo anterior hay que agregar que a la Administración Pública le tomó muy poco tiempo adjudicar esta licitación pública, cuando Colombia Compra Eficiente propone 59 días calendario para adjudicar, aquí sólo les demando 39 días. Esta restricción de tiempos para preparar y presentar ofertas pudo incidir en la baja concurrencia; pero este no es el único factor que creemos incidió, pues también debemos agregar las reglas de participación asociadas a la experiencia en obras iguales o similares, por cuanto incluyeron tres subreglas que creemos que pudieron generar la restricción de la concurrencia:

1) La primera subregla que detectamos, que es restrictiva de participación, fue que se señaló que sólo podían presentar oferta aquellos que hubieran ejecutado proyectos que formaran parte de la clasificación del registro de proponentes, pero en los últimos cinco años contados a partir del cierre del proceso licitatorio que se tenía previsto para el 8 de septiembre de 2015, por lo tanto, sólo se admitieron contratos contados a partir del 8 de septiembre de 2010.

2) Se señaló que si alguno de los contratos contenía una imposición de sanción no sería tenida en cuenta esa experiencia, en total contravía con la ley, que para efectos de las sanciones contractuales tiene contemplada una inhabilidad, pero para ellos se tienen que dar los presupuestos de la norma (art. 90 Ley 1474 de 2011).

3) Finalmente, se exigió que si el proponente era persona natural acreditara haber ejercido la profesión de ingeniero civil por diez años o haber constituido una empresa por el mismo término. Como persona natural el artículo 6.º de la Ley 842 de 2003 sólo exige que el profesional haya obtenido la tarjeta profesional para ejercer su profesión, y como persona jurídica el artículo 6.º de la Ley 80 exige que la persona jurídica que presente oferta acredite que durará por el término del plazo de ejecución y un año más, con lo cual se convierte de nuevo en una regla abusiva y desproporcional.

Con respecto al campo que ahora nos ocupa, que es la calificación del beneficio económico, encontramos que sólo se presentó un licitante y durante el trámite del proceso no hubo interesados que se presentaran a la audiencia de adjudicación, ni tampoco se presentaron ni observaciones al proyecto de pliegos de condiciones ni al pliego de condiciones definitivo. Queremos llamar la atención en cuanto a que el criterio que asumió el municipio para adjudicar la oferta económica eran 600 puntos de 1.000 posibles, y la adjudicación se daba de la escogencia de cuatro fórmulas.

Y aquí surge un interrogante: teniendo 600 puntos sólo para la determinación de la oferta económica, ¿por qué el proponente único decidió presentar su propuesta con el mismo valor que el presupuesto oficial? En nuestro criterio, para tener la certeza de que no iba a haber disputa por su ofrecimiento, debió basarse en las reglas de participación que restringían la pluralidad de oferentes, a lo que hay que sumar el plazo tan excesivamente corto para preparar y presentar la propuesta, como al final terminó sucediendo. Definitivamente existió una restricción al ejercicio del derecho a la libre competencia (art. 333 C.P.) y la igualdad de trato (art. 13 C.P.), pues, a pesar de no presentarse interesados, el deber de las entidades estatales era garantizar la pluralidad de oferentes, y es por ello que al no haber concurrencia y un sólo licitante, la entidad no se benefició con un descuento en la propuesta económica.

Haciendo un seguimiento a este contrato, no sólo no se obtuvo un descuento del proponente sino que posteriormente las partes decidieron ampliar el valor del contrato y adicionarlo el 22 de febrero de 2016 en $635.000.000, sin que en los considerandos se justificara la adición: se adujo simplemente que existían los recursos, pero no se mencionaron las obras no previstas que motivaron la adición. Así mismo, el 12 de febrero de 2016 se suscribió un contrato adicional para modificar la fecha de terminación del contrato quedando para el 15 de marzo de 2016.

b) Análisis de dos casos relacionados con un ofrecimiento que garantiza el beneficio económico

Procederemos ahora a presentar dos casos en los cuales la pluralidad de proponentes generó un impacto justamente en lo que queremos medir: beneficio económico, y que se traduce en un descuento importante para la entidad.

El Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas (INFICALDAS) en Manizales, ordenó la convocatoria de la licitación Pública INFICALDAS LP 06-2017[328] que tenía por objeto: "Seleccionar los contratistas para contratar la construcción, mantenimiento e implementación de la plataforma, terminal de pasajeros torre de control, estación de bomberos y sub estación. Licitación pública: INFICALDAS LP 06-2017".

En primer lugar debemos destacar que se presentaron veinte proponentes y al comparar el presupuesto oficial con el valor del contrato se presentó un descuento del 26,134%. Al revisar la experiencia encontramos que se requería aportar información sobre obras iguales o similares en tres contratos cuyo objeto fueran obras de construcción y/o mejoramiento y/o mantenimiento y/o rehabilitación de vías de comunicación, o construcción o mantenimiento o rehabilitación o adecuación o reparación de infraestructura aeroportuaria (terminal, torre de control, cuartel de bomberos, hangar), o cerramientos de aeropuertos u obras aeroportuarias lado aire (entiéndase por vías de comunicación las carreteras, aeropuertos y sistemas de transporte masivo de pasajeros), y que al menos uno de esos contratos tuviera como objeto obras de construcción y/o mejoramiento y/o mantenimiento y/o rehabilitación de infraestructura aeroportuaria lado aire.

A lo anterior hay que agregar que a pesar del poco tiempo que tuvo INFICALDAS para adjudicar la licitación pública (42 días, cuando Colombia Compra Eficiente propone 59 días calendario), esta restricción de tiempos para preparar y presentar ofertas en este proceso no

328

[https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE].

incidió para generar un baja concurrencia. Pero este no es el único factor que creemos influyó en la alta concurrencia, también debemos agregar las reglas de participación asociadas a la experiencia en obras iguales o similares, por cuanto creemos que son proporcionales de acuerdo con nuestras conclusiones del trabajo de campo. En primer lugar respecto de la facturación en obras iguales o similares no se estableció ningún monto, por otro lado no se exigió experiencia calculada años hacia atrás, en tanto que se permitió experiencia pública y privada y finalmente no se exigieron cálculos de cantidades de obras específicas, como tampoco que el proponente, como persona natural o jurídica, tuviera años de experiencia contada a partir de la obtención de la tarjeta profesional o de la existencia de la persona jurídica. Para incentivar que se presentara descuento, de los 1.000 puntos para ponderar, 600 fueron para la adjudicación de los puntos a la oferta económica y para ello se eligieron cuatro criterios y con un criterio aleatorio se escogía la fórmula.

Podemos ver la incidencia en las bondades de la pluralidad de oferentes donde se presentaron veinte proponentes y que se refleja en que el valor del contrato frente al presupuesto oficial generó una diferencia del 26% de descuento que en pesos del año 2017 corresponden a $1.108.692.883.

Luego evaluamos un proceso de selección de la Gobernación de Antioquia que ordenó la licitación pública n.º LIC-37-09-2015[329] cuyo objeto era: "La construcción de obras enmarcadas en los planes maestros de acueducto y alcantarillado de los municipios de Necoclí etapa I y Puerto Nare en el Departamento de Antioquia, de acuerdo a las inversiones priorizadas en el PAP-PDA". Al proceso se presentaron 35 proponentes por el grupo 1 y 33 por el grupo 2, obteniendo un 3,86% de descuento.

La alta concurrencia y la obtención de beneficio económico lo podemos encontrar en sus reglas de participación donde se solicitaban máximo tres contratos que tuvieran por objeto la construcción de redes de alcantarillado, con una facturación de 200% del presupuesto oficial pero sin establecer un límite de años hacia atrás contados a partir del cierre del proceso.

---

[329] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-140283].

A la Gobernación de Antioquia le tomó 78 días calendario adjudicar los dos grupos, lo cual es un indicador positivo, si tenemos en cuenta que Colombia Compra Eficiente propone 59 días para adjudicar. Consideramos que uno de los factores que favoreció la concurrencia fue la amplitud del plazo para preparar y entregar la oferta. Pero este no es el único factor que creemos incidió en la alta concurrencia, también debemos agregar las reglas de participación asociadas a la experiencia en obras iguales o similares, por cuanto incluyeron que eran proporcionales. En primer lugar respecto de la facturación en obras iguales o similares se estableció de 200% el valor del presupuesto en máximo tres contratos. Si bien en principio podría considerarse una regla excluyente, hay que tener en cuenta que el segundo criterio que tuvo presente la administración, fue que no solicitó años hacia atrás para valorar dicha experiencia, por lo tanto los contratos que exigió de máximo tres se pueden tomar en cualquier tiempo siempre que sumados equivalgan a ese 200%.

Para adjudicar la oferta económica hubo un alto incentivo al proponer 800 puntos tomando como factor la media geométrica. Podemos observar la incidencia de la concurrencia pues son visible las bondades de la pluralidad de oferentes donde se presentaron 35 por un grupo, y 33 por el otro, lo que se reflejó en que el valor del contrato frente al presupuesto oficial generó una diferencia del 4% de descuento que en pesos del año 2017 corresponden a $147.702.217.

c) Conclusiones frente al análisis del beneficio económico

La teoría del análisis del derecho tiene como objetivo observar la interacción entre el sistema de normas y el comportamiento de los individuos con el fin de determinar sus efectos. A través de los métodos que desarrolló la economía pudo pensar en la interacción entre costos, rendimientos y maximización individual de la utilidad. Se parte, entonces, de la premisa de que el interés propio es una fuente del comportamiento humano que no implica necesariamente que derive en una actuación antisocial. La Escuela de la Nueva Economía Institucional propone, entre otras razones, la maximización de la utilidad que se amplía a todas las opciones individuales, así se trate de que la persona sea directivo de una oficina gubernamental. Esta escuela se concentra en tres aspectos: los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción, y tiene en cuenta dos elementos: la información y las reglas de juego. La información es importante para las transacciones y el segundo elemento

tiene que ver con las reglas de juego, en cómo se elaboran y se cumplen los acuerdos, los contratos y los compromisos que rodean el intercambio. Se supone que el marco legal, las costumbres, la cultura y las instituciones que rodean las transacciones son eficientes en el sentido de que contribuyen a minimizar los costos de intercambio, pero esta escuela pone en duda la universalidad de esta conclusión por cuanto asegura que no siempre las partes involucradas en una transacción tienen los incentivos suficientes para no hacer trampa, o para no incumplir; y una sugerencia de la escuela es que exista la capacidad de hacer cumplir la ley. Se pueden encontrar individuos (directivos) que no sean honrados y que pueden distorsionar datos, confundir los asuntos, lo que da como resultado la "búsqueda del interés propio o del dolo".

La interacción entre este sistema de normas, es decir, el comportamiento de los interesados en acceder al mercado de los contratos públicos y los servidores públicos que adjudican contratos en su condición de clientes de estos interesados, supera lo que se pretende con la regulación de los procedimientos para seleccionar contratistas, especialmente el trámite objeto de nuestro estudio, la licitación pública. Definitivamente las categorías constitucionales que regulan esta materia no se materializan en los análisis que han efectuado la Cámara Colombiana de Infraestructura y otros gremios, por cuanto la concurrencia y la garantía del derecho a la igualdad no se cumplen en el 75 u 80% de los casos, así que no hay una correspondencia entre lo que se espera de las consecuencias de la ley de contratación y la realidad.

Al parecer la maximización de la utilidad que se espera de los negocios estatales no se cumple, por cuanto las reglas de participación que diseñan las entidades estatales no buscan este incentivo. Se dice que perseguir el interés propio no siempre implica un comportamiento antisocial, pero las denuncias en los medios indican todo lo contrario, pues hay un directivo que diseña una reglas que van en contravía de la concurrencia, y al tener una baja participación incide negativamente en la obtención de beneficios económicos asociados a descuentos que se pudieran obtener por la puja entre licitantes.

Se supone que la Escuela de la Nueva Economía Institucional propone la maximización de la utilidad inclusive perseguida por directivos de las oficinas gubernamentales, pero esto no

parece reflejar lo que se observa en nuestras licitaciones donde las convocatorias no generan beneficios o descuentos, y ello justamente derivado de la baja concurrencia.

Lo anterior puede ser analizado desde las dos perspectivas que propone la Escuela: por una parte a partir de la obtención de información y de las reglas de juego, sobre todo de este último punto. En materia de contratación estatal las reglas de juego se plasman en los pliegos de condiciones y es allí donde se regulan las condiciones que deben cumplir los oferentes para presentar su propuesta.

Se trata que las instituciones podrían contribuir a minimizar riesgos como los costos de intercambio pero, como lo dice la Escuela, si las partes involucradas en la transacción tienen incentivos suficientes para hacer trampas o incumplir, se debería promover la capacidad de hacer cumplir la ley; sin embargo, puede suceder que haya directivos que no sean honrados que puedan distorsionar los datos buscando su propio interés doloso. Efectivamente creemos que los directivos son los primeros llamados a juicio frente a la estructuración de pliegos de condiciones que contengan reglas restrictivas de participación, por cuanto propician que sólo unos o uno pueda cumplir, y a pesar de las observaciones que puedan hacer algunos interesados para que se modifiquen las reglas de participación, no aceptan dichas observaciones conservando las reglas abusivas, para así terminar con uno o máximo dos participantes, afectando entre otros, la posibilidad de que el servidor público maximice su ejecución presupuestal obteniendo descuentos de la puja entre licitantes.

El otro asunto que queremos abordar, es aquel en el cual se proponen reglas incluyentes pero no se visualiza un alto descuento, y que ilustraremos de mejor manera a continuación.

Con respecto al beneficio económico en nuestro análisis se tiene la siguiente fórmula:

> n.º de propuestas > % descuento

< n.º de propuestas (un proponente) < % descuento (o 0%)

Se supone que en principio a mayor participación se tiene que el volumen de proponentes genera un mayor descuento, sin embargo esto depende mucho de los incentivos que la licitación pública haya propiciado entre los licitantes, y aquí las entidades estatales se ven

inmersas en dos dilemas generados por los competidores, quienes no actúan usualmente bajo el principio de buena fe, con lo cual nos vemos enfrentados a la maximización de la utilidad a cargo de los particulares que para buscar la suscripción del contrato se ponen de acuerdo en contra de los intereses del Estado y de los demás participantes que no incurren en el ilícito, o aquel que presenta una propuesta falsa económicamente para que le adjudiquen el contrato.

El primer dilema es una fórmula simple que consiste en la posibilidad de evaluar la oferta económica: gana los puntos de la oferta económica el oferente que presente el menor precio. Esta fórmula representa un riesgo para la entidad estatal y es que se presente una propuesta artificialmente baja, cuyo control está regulado en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015:

> Artículo 2.2.1.1.2.2.4. *Oferta con valor artificialmente bajo*. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.
>
> Cuando el valor de la oferta de la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

Como vemos, ante la sospecha de una propuesta que se presente en esas condiciones, el Estado está autorizado para solicitar al licitante las explicaciones que fundamenten el modelo financiero que soporta que la oferta no está en punto de pérdida. Se supone que con esta institución se bloquearía cualquier pretensión de un licitante que termine siendo adjudicatario de un contrato que no sea viable financieramente. Sin embargo, el riesgo existe si los argumentos del proponente son convincentes y se acepta una oferta en esas condiciones, lo que después va a generar problemas de calidad de los bienes o incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.

El segundo dilema es que entre la pluralidad de oferentes haya licitantes que se confabulen en contra de las entidades estatales y de los otros proponentes, de forma que cuando el pliego de condiciones regule una fórmula para evaluar la oferta económica que se traduzca en la obtención de una media, los proponentes que están en colusión o fraude manipulen la fórmula para quedarse con la licitación[330].

Estos dos dilemas han generado, por una parte, que se introduzcan varias fórmulas, y que luego de cerrado el proceso por un sistema de azar se determine la fórmula con la cual se van a evaluar los propuestas que hayan quedado habilitadas, con lo cual se pretende corregir la colusión o fraude entre licitantes. Y en segundo término se disponen límites a partir de los cuales la oferta que los supere es rechazada, así la administración se evita que se presenten ofertas artificialmente bajas.

Cualquiera de los dos modelos elimina los incentivos para obtener el máximo potencial de la puja entre licitantes, por cuanto si se formula que se adjudica al menor precio pero con pisos, ello determina que todas las ofertas se propondrán con este margen, y si el criterio es que se adjudica con una fórmula donde se obtenga una media, pues todos los proponentes propondrán ofertas que se encuentren en esta media, así que tampoco obtendremos un descuento real y menos el beneficio económico tantas veces mencionado.

Nuestra posición es que la mejor manera de obtener un beneficio económico real es aprovechando nuestro ordenamiento, es decir, incorporando la fórmula del menor precio y controlando con la institución de la oferta artificialmente baja, cuando se sospeche que el precio es artificioso y no se corresponde con la realidad del mercado. En estos casos

---

[330] El artículo 47 del Decreto 2135 de 1992 regula la colusión o fraude entre licitantes en los siguientes términos: "Artículo 47. *Acuerdos contrarios a la libre competencia*. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: […] 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas".

consideramos que una oferta no atenta contra dicha institución cuando se formula con cero utilidad pero no en punto de pérdida, por cuanto los beneficios del proponente pueden estar alrededor de mantener la operación de su empresa a través del contrato adjudicado, y además con el incentivo de que logra acumular experiencia.

Por último, debemos agregar que no todos los proponentes son iguales, y esa diferencia determina que la puja genera un mejor descuento para el Estado. No es lo mismo un licitante que alquile la maquinaria mínima para ejecutar la obra, o que deba adquirir los materiales cuando le adjudiquen el contrato o que tenga que contratar le personal mínimo cuando deba iniciar la ejecución de la obra, a aquel proponente que es dueño de su maquinaria, que tiene contratos de fidelización con sus proveedores de materiales y que le pueden ofrecer descuentos y, por último, que tiene su propia planta de personal calificado. Entre los dos proponentes tal vez el último tiene precios más competitivos y no necesariamente su oferta sea artificialmente baja.

Ya para el caso que nos ocupa, y analizando los pliegos de condiciones, vemos que el descuento no es el esperado frente a una alta participación, la razón está en los bajos incentivos que el pliego de condiciones reguló, pues estableció un límite para la oferta económica en un 5% por debajo del presupuesto, de forma que la oferta sería rechazada; por otra parte, para evitar la colusión o fraude entre licitantes, estableció un sistema de azar para introducir el número de veces del presupuesto oficial en la fórmula para obtener la media, así que todos los proponentes deberían estar muy cerca del presupuesto oficial para acceder a los 800 puntos.

En conclusión, contrario al primer ejemplo donde sólo se presenta un licitante y no hay un beneficio económico por lo que ya explicamos en la primera parte, aquí vemos que en los dos contratos, y derivado de las reglas de experiencia exigidas, se genera una participación de 20 proponentes y 48 proponentes respectivamente en garantía a la pluralidad de oferentes, la libre concurrencia y al final la libre competencia económica. Pero este no es el único beneficio recibido por las reglas de experiencia abiertas a la participación: también encontramos que en el primer caso la entidad estatal obtuvo un ahorro de más de $1.000 millones equivalentes al 26%; y en el segundo caso un ahorro de $147 millones equivalentes al 4% y todo derivado de la concurrencia presentada. Sin embargo, en la segunda parte de la

explicación se puede maximizar el beneficio económico si se corrigen las reglas superando los riesgos de colusión, introduciendo el mecanismo del menor precio y controlando con oferta artificialmente baja.

e. Reglas de prevalencia condicionada que surgen de la aplicación del principio de proporcionalidad

El modelo estándar de experiencia general y/o específica se puede construir a partir de la Ley 1150 de 2007, que indica que los requisitos habilitantes deben ser *adecuados* y *proporcionales* a la naturaleza del contrato y a su valor (art. 5.º); por lo tanto a través de varios instrumentos que se explicarán a continuación se puede reelaborar para el contrato de obra el criterio de experiencia general o específica que favorezca la pluralidad de oferentes.

1) Valor de la facturación asociada a la experiencia hasta una vez el presupuesto oficial

Se ha detectado que uno de los criterios que toman en cuenta las entidades estatales para medir la experiencia, es aquella asociada a la facturación de contratos de obras ejecutadas en el pasado iguales o similares, y que se mide en términos de facturación expresada usualmente en salarios mínimos legales vigentes, para poder traer a valor presente el contrato suscrito en años anteriores a la presentación de propuestas.

Regularmente las entidades estatales solicitan la acreditación de esta experiencia en valores superiores o por encima del presupuesto oficial, es decir, se solicita dos, tres, cinco y hasta ocho veces el presupuesto oficial en acreditación de experiencia; por lo que en repetidas oportunidades ha generado observaciones de los interesados en presentar oferta.

El interrogante que se genera es: ¿un interesado que tenga experiencia equivalente a una vez el presupuesto en obras iguales o similares se considera idóneo para ejecutar el objeto del contrato a suscribir? O, en otras palabras, ¿un interesado que ha ejecutado una obra igual o similar a la que va a contratar la entidad estatal no se considera idóneo para ejecutar el proyecto a ejecutar por la entidad estatal? Y, en ultimas, ¿cuáles serían las razones técnicas para considerar que un proponente que ha ejecutado un contrato igual o similar al que se va a adjudicar no posee las condiciones técnicas para ejecutarlo?

Si la entidad estatal no tiene razones técnicas para impedir la participación de un licitante que posea por lo menos experiencia en la ejecución de uno o varios contratos que sumados equivalgan a una vez el presupuesto oficial, dicha entidad estatal sólo debería requerir como mínimo el perfil del futuro contratista en condiciones equivalentes a la obra que va a contratar, y en esos términos no parece razonable que la entidad estatal solicite un valor mayor de facturación pues no habría una justificación aparente, y se convierte este requerimiento en un acto abusivo o arbitrario.

En esos términos la exigencia debe estar limitada a máximo el valor del presupuesto oficial, y sólo podría haber una posibilidad de exigir un mayor valor en facturación si entre los mismos pliegos de condiciones no se limita en número de años la obtención de dicha experiencia. De todas maneras sería admisible como referente internacional la Directiva 24 del 26 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, que propone para los contratos públicos de los países miembros de la Unión Europea que se solicite experiencia dos veces el presupuesto como una regla que de todas maneras puede restringir la participación, pero con un proponente un poco más robusto en sus condiciones técnicas de experiencia, donde se sacrifica el derecho a la libre competencia en pro del interés general que representa el contrato estatal.

Se presenta un ejemplo: una convocatoria abierta por el municipio de Ramiriquí (Departamento de Boyacá), mediante la licitación pública LP-RAM-05-2013[331], que tenía por objeto: "el mejoramiento de la vía Ramiriquí-Jenesano (veredas Naguata-Noncetá), Departamento de Boyacá", a la cual se presentó un sólo proponente y en la que el municipio obtuvo un 0,07% de beneficio económico o de descuento. Para comprobar la baja concurrencia vemos que la experiencia solicitó obras que contemplaran mantenimiento y/o adecuación de vías en tres contratos que se hubieran terminado a partir del 1.º de julio de 2010 (los últimos tres años) y que la facturación fuera igual o superior a ocho veces el presupuesto oficial. Como vemos en el ejemplo, la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado que debería acreditar en tres contratos cada uno de los cuales debía acreditar como mínimo ocho veces el presupuesto

[331] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-107185].

oficial expresado en smlv, es decir, para la época que se programó la convocatoria, año 2013, el oferente que estuviera interesado debía acreditar una facturación para cada contrato equivalente a $9.443.489.110, multiplicado por la exigencia de tres contratos sería de $28.330.467.330, lo que a todas luces resultaba desproporcionado frente al valor del futuro negocio a celebrarse de $1.180.436.138,75. Se agrava la restricción de la libertad de competencia cuando adicionalmente exige que la acreditación de esta experiencia se limite a los últimos tres años contados hacia atrás desde la fecha de presentación de las propuestas. La licitación pública no tuvo observaciones referidas a esta regla, y tampoco reflejó concurrencia, sólo un proponente.

2) Acreditación de mínimo diez años de experiencia hacia atrás contados a partir del cierre del proceso de selección

Otro de los criterios que consideran las entidades estatales para medir la experiencia, se refiere a la época en la cual se realizó el contrato de obra que se quiere acreditar, por lo tanto, las entidades exigen que la obra se haya ejecutado en los años anteriores contados a partir de la presentación de la oferta. ¿Lo que se revisará es la solicitud de experiencia acreditada en el último año contado a partir del cierre o de los últimos dos o tres años?, y ¿cuántos serían, entonces, los años de experiencia hacia atrás que garanticen la proporcionalidad?

El interrogante que se genera es: ¿un interesado que haya ejecutado una obra en los últimos cinco años o en los últimos diez años contados a partir de la entrega de las propuestas, se considera idóneo para ejecutar el objeto del contrato a suscribir? Y, en ultimas, ¿cuáles serían las razones técnicas para considerar que un proponente que haya ejecutado una obra en los últimos cinco años o en los últimos diez años, contados a partir de la entrega de las propuestas, no posee las condiciones técnicas para ejecutarlo?

Se presenta un ejemplo de solicitud de experiencia en relación con los años hacia atrás contados a partir de la presentación de propuestas, el adelantado por el municipio de Cúcuta (Departamento de Norte de Santander), mediante la licitación pública n.º ST-SAMC-001-

2016[332], y que tenía por objeto: "la adecuación de la nueva sede administrativa de la Secretaría de Tránsito Municipal de San José de Cúcuta". El proceso generó una concurrencia de dos proponentes y un beneficio económico equivalente al 0,003%. Con respecto a la experiencia se exigió que los proponentes deberían acreditar un contrato con una entidad estatal en un valor superior al 50% del presupuesto oficial a partir del 1.º de enero de 2011 (los cinco años anteriores al cierre del proceso).

Se verificó que la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado que debería acreditar un contrato cuya ejecución y terminación se hubiera efectuado en los últimos cinco años. El proceso de selección sólo tuvo dos proponentes, por lo que se puede considerar que una de las reglas que incidió en la baja participación fue la experiencia reciente exigida a los proponentes.

Otro caso es el del municipio de San Agustín (Departamento del Huila) que ordenó la apertura de la licitación pública n.º 09 de 2013[333], y cuyo objeto era: "la construcción del pavimento articulado para las vías de acceso a los atractivos turísticos del municipio de San Agustín, Departamento del Huila", donde sólo se presentó un licitante y el municipio no obtuvo ningún tipo de descuento o beneficio económico. Con respecto a las reglas de experiencia, en primer lugar, se exigió que si el proponente era persona natural acreditara que había ejercido la profesión por quince años, y si era persona jurídica que se hubiera constituido por lo menos quince años antes del momento de presentar la propuesta. Luego se solicitó que acreditara experiencia con un contrato suscrito con entidad pública terminado en los dos últimos años contados a partir del cierre del proceso de selección y cuyo objeto fuera la construcción de obras civiles; además debía haber facturado 200% del presupuesto oficial. Finalmente, se le exigió como experiencia específica que acreditara un contrato cuyo objeto fuera la construcción de obras de urbanismo terminadas en el último año contado a partir del cierre del proceso y que equivaliera al 80% del presupuesto oficial, y en donde se tuvieran

[332] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-4721702].

[333] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-109311].

que acreditar adicionalmente áreas intervenidas de 10.000 m^2 e instalación de materiales granulares de 2.000 m^3.

Se verificó que la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado que debería acreditar un contrato cuya ejecución y terminación se hubiera efectuado en los últimos cinco años. El proceso de selección sólo tuvo dos proponentes, por lo que se puede considerar que una de las reglas que incidió en la baja participación fue la experiencia reciente exigida a los proponentes. En el otro proceso sólo se presentó un proponente y la experiencia específica exigía que la obra se hubiese ejecutado en el último año, no sin antes comentar que tiene con este criterio, otros cinco criterios de restricción del derecho de participación.

3) Exigencia de experiencia de obras iguales o similares que incluya tanto el sector público como el privado

En los análisis de licitaciones públicas encontramos con recurrencia que las entidades estatales solicitan como requisito para acreditar experiencia sólo aquella obtenida en el sector público.

El interrogante que se genera es si un interesado que haya ejecutado el contrato de una obra igual o similar pero no ante una entidad estatal sino una particular como, por ejemplo, una concesión de infraestructura en la cual, en la ejecución del contrato, hay un componente de obra en los primeros cinco años de ejecución y esta obra es construida, se entiende que esta experiencia se obtiene entre particulares. Surge, entonces, un interrogante: ¿el constructor que obtuvo su experiencia contratado por el concesionario, que es otro particular, no lo hace idóneo para construir vías para una entidad del Estado? Y, en ultimas, ¿cuáles serían las razones técnicas para considerar que un proponente que construyó obras en el sector privado no tiene las condiciones técnicas para ejecutar el proyecto convocado que sólo requiere experiencia con el sector público?

Del trabajo empírico pasamos a la regulación del legislador en la materia, más específicamente, el artículo 5.º de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 que introdujo en el parágrafo 5.º del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, una obligación para las entidades estatales en todos los procesos de contratación y referido a la experiencia general y específica:

> Parágrafo 5.º. 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.

Entonces, a partir del 15 de enero de 2018 todos los procesos de selección por convocatoria pública tienen el requerimiento, vía pliegos de condiciones, de la experiencia general y específica del proponente quien deberá presentar la acreditación con el sector privado, propuesta que es compatible con los resultados de esta investigación en donde se considera desproporcional que se exija exclusivamente experiencia general y específica única y exclusivamente con el sector público.

Como ejemplo tenemos una licitación pública abierta por el municipio de Paya (Boyacá) con la licitación n.º LIPAYA 2015/05[334] cuyo objeto era "la construcción de tres centros de integración comunitaria en las veredas de Abejón, Llano de Miguel e Inspección de Morcote, en el municipio de Paya del Departamento de Boyacá", que sólo tuvo un proponente y sin descuento o beneficio económico. El criterio de experiencia específica consistió en solicitar la acreditación de dos contratos de obra pública suscritos con entidades del Estado.

Como vemos en el ejemplo, la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado que para garantizar la construcción de tres edificaciones objeto de la licitación debería acreditar contratos con entidades estatales, y ello generó que en la licitación pública se presentara una observación donde se cuestiona la experiencia exclusiva con el sector público y se solicita que se permita también experiencia con el sector privado.

La respuesta de la entidad estatal no se correspondió con los asuntos técnicos del proponente, es decir, que razones de orden técnico hicieron que no se pudiera incluir esta experiencia porque ponía en riesgo el cumplimiento del contrato. El motivo para rechazar la observación del proponente fue que para la entidad estatal era necesario que el proponente demostrara que tenía experiencia en "contratos estatales". En nuestra consideración esta motivación fue insuficiente, irracional, y arbitraria, y en nada justificó la exclusión de un proponente que en

[334] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-133186].

nuestra opinión también estaba en capacidad técnica de ejecutar el objeto del contrato futuro a suscribir. La licitación pública no reflejó concurrencia, pues sólo se presentó un proponente.

4) Exigencia de experiencia de obras iguales o similares de manera global

Consultando otras licitaciones públicas encontramos que se exige que se acrediten contratos anteriores que cumplan con exigencias exactas de cantidades de obra en metros^2, metros^3 o metros lineales, asociadas siempre a la obra que se pretende construir.

El interrogante que se genera es ¿un interesado que haya ejecutado un contrato cuyo objeto sea igual o similar al contrato a celebrar equivalente al presupuesto oficial en smlv, y las cantidades de obra que fueron ejecutadas en el contrato que se acredita difieren de las cantidades de obra del pliego de condiciones, se considera idóneo para ejecutar el objeto del contrato a suscribir? Y, en ultimas, ¿cuáles serían las razones técnicas para considerar que al no coincidir de manera exacta las cantidades de la obra que ejecutó el proponente contra las especificaciones técnicas, ese proponente no posee las condiciones técnicas para ejecutarlo?

Se considera que si la entidad estatal no tiene razones técnicas para no permitir la participación de un licitante que tiene la experiencia global de un contrato igual o similar en una equivalencia de una vez el presupuesto, sin demostrar las cantidades de obra específicas; no parece razonable que la entidad estatal exija que, además de la experiencia global, se requieran cantidades de obra similares a las que se vaya a contratar pues no habría una justificación aparente, y se convierte este requerimiento en un acto abusivo o arbitrario.

Se presenta un ejemplo: el Departamento de Atlántico ordenó la apertura de la licitación n.º LP GCS n.º 001 de 2014[335] cuyo objeto era "la construcción y dotación de 21 Centros de Desarrollo Infantil (CDI), en el Departamento del Atlántico", en donde se presentó un sólo proponente por grupo, y con un margen muy bajo de beneficio económico: 0,013% para un grupo, y 0,12% para el otro. Como experiencia general se solicitaron tres contratos de edificaciones en los últimos cinco años, equivalente al 50% del presupuesto oficial; y en los contratos aportados se

[335] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-119549].

debía acreditar uno terminado en los últimos diez años que tuviera como objeto el mejoramiento y/o construcción de instituciones educativas, con un valor mayor o igual al 10% y en este contrato se debía demostrar haber intervenido 20 instituciones educativas y haber ejecutado un área intervenida de 20.000 m^2, además de cimentaciones, cubiertas, pisos, pañetes, pintura, carpintería metálica y de madera, instalaciones eléctricas, instalaciones de voz y datos, y dotación.

En esta licitación se presentó una observación de la Cámara Colombiana de Infraestructura:

> De acuerdo con lo anterior, sugerimos no limitar la antigüedad de los contratos, toda vez que la experiencia no pierde validez por el paso del tiempo y así, lo establece el pliego tipo de Colombia Compra Eficiente y entidades como INVIAS.
>
> De igual manera, consideramos que los contratos a acreditar deben ser acordes al objeto global del proyecto más no a las cantidades de obra y/o actividades particulares que hayan acreditado en contratos similares, las múltiples condiciones que debe cumplir el oferente para acreditar la experiencia específica, limitan considerablemente la participación, razón por la cual sugerimos ampliar el número de contratos en que debe acreditarse dicha experiencia, por considerarse restrictivas.

Como vemos en el ejemplo, la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado qué debería acreditar para garantizar la construcción y dotación de 21 centros de desarrollo infantil que era el objeto de la licitación, con contratos en donde se acreditaran determinadas cantidades de obra, y ello generó que en la licitación pública se presentaran observaciones de la Cámara Colombiana de Infraestructura donde se cuestionaba la exigencia de experiencia con cantidades de obra específicas por ser restrictiva y se solicitaba la experiencia de manera global. Es inaceptable que una licitación pública con este volumen de recursos públicos (Grupo 1: $46.566.127.239,49/Grupo 2: $48.254.257.268,00) haya generado un licitante por cada uno de las adjudicaciones parciales, y que a pesar de la advertencia respecto de la exigencia de cantidades de obra específicas como restrictiva, la entidad estatal no haya tomado los correctivos para incluir más interesados en el proceso, y antes por el contrario negó la solicitud del observante como se demuestra en la respuesta dada por la entidad estatal.

5) Exigencia de existencia como persona natural o jurídica en número sin años de experiencia bajo el concepto de experiencia probable

Otra práctica recurrente en la confección de pliegos de condiciones para regular la experiencia en la ejecución de obras se refiere a la exigencia en número de años de experiencia como persona natural contados a partir de la obtención del título de ingeniero civil o de años de experiencia como persona jurídica contados a partir de la constitución de la misma, que regulan la cláusula de experiencia general o específica, o en algunos pliegos de condiciones se regula en la capacidad legal, cuando se plantean los requisitos que debe cumplir la persona natural o la persona jurídica. Lo anterior supone que una obra que sea igual o similar al objeto a contratar y que haya sido ejecutada en el último año anterior a la apertura del proceso no haría idóneo al oferente y generaría el rechazo de la propuesta porque no puede acreditar ocho, diez y hasta quince años de experiencia anteriores a la recepción de ofertas, de existencia como persona jurídica, o como profesional en el caso de la persona natural.

Para determinar hasta dónde esta regla tiene autorización legal, nos remitimos a la Ley 842 del 9 de octubre de 2003, por medio de la cual se reglamentó el ejercicio de la ingeniería y sus profesionales afines. La ley, en su artículo 1.º, define ingeniería como toda aplicación de las ciencias físicas, químicas y matemáticas, de la técnica industrial y, en general, del ingenio humano, a la utilización e invención sobre la materia, y en su artículo 2.º describe cuáles son las actividades que comprende el ejercicio de la ingeniería:

> […] a. Los estudios, la planeación, el diseño, el cálculo, la programación, la asesoría, la consultoría, la interventoría, la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos y en general líneas de conducción y transporte de hidrocarburos, líneas de transmisión eléctrica, y todas aquellas obras de infraestructura para el servicio de la comunidad.
>
> b. Los estudios, proyectos, diseños y procesos industriales, textiles, electromecánicos, termoeléctricos, energéticos, mecánicos, eléctricos, electrónicos, de computación, de sistemas, teleinformáticos, agroindustriales, agronómicos, agrícolas, agrológicos, de

alimentos, agrometeorológicos, ambientales, geofísicos, forestales, químicos, metalúrgicos, mineros, de petróleos, geológicos, geodésicos, geográficos, topográficos e hidrológicos.

c. La planeación del transporte aéreo, terrestre y náutico y, en general, todo asunto relacionado con la ejecución o desarrollo de las tareas o actividades de las profesiones especificadas en los subgrupos 02 y 03 de la Clasificación Nacional de Ocupaciones o normas que la sustituyan o complementen, en cuanto a la ingeniería, sus profesiones afines y auxiliares se refiere. También se entiende por ejercicio de la profesión el presentarse o anunciarse como ingeniero o acceder a un cargo de nivel profesional utilizando dicho título.

A su vez, el artículo 6.º establece que para ejercer la profesión de ingeniería en el territorio nacional se requiere estar matriculado o inscrito en el registro profesional respectivo, que seguirá llevando el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería (COPNIA), lo cual se acredita con la presentación de la tarjeta o documento adoptado por este para tal fin, o en su defecto con la certificación de vigencia que el COPNIA expida.

Entonces, encontramos que realizar una obra avalada o abonada por un ingeniero desde el punto de vista del ejercicio de la profesión exige únicamente la acreditación de la tarjeta profesional y el certificado de vigencia expedido por el COPNIA, así que solicitar para la presentación de una propuesta ante una entidad estatal que tenga que ver con la ejecución de un contrato de obra, que se acrediten años de ejercicio profesional es violatorio del artículo 6.º de la Ley 842 de 2003; por lo tanto, se convierte este requerimiento en un acto abusivo o arbitrario. Si no es válido jurídicamente exigir años de ejercicio profesional como ingeniero para la persona natural, en la igualdad de trato, por considerarse que están en la misma situación de competencia, no se le debe exigir años de constitución a las personas jurídicas.

En cuanto a las personas jurídicas nacionales y extranjeras el artículo 6.º de la Ley 80 de 1993 exige que para presentar oferta deben garantizar su existencia respecto del plazo de ejecución del contrato y un año más, por lo tanto la exigencia de existencia de años hacia atrás no tiene soporte legal o al menos va en contravía de este precepto.

Se presenta un ejemplo: el municipio de Riohacha (Departamento de La Guajira) ordenó la apertura de la licitación n.º 001-2015[336], cuyo objeto era "la recuperación vial y urbana de la Avenida Circunvalar entre calles 1.ª, Avenida La Marina y Calle 15, y remodelación del pasaje peatonal entre Puente del Riíto y el Valle de los Cangrejos y otras áreas urbanísticas de la zona, municipio de Riohacha-La Guajira". Al proceso se presentó un sólo proponente y debía acreditar inscripción en la Cámara de Comercio por quince años hacía atrás o si era persona natural haber ejercido la profesión por el mismo periodo. Ya como experiencia específica se requería que se acreditaran dos contratos de 150% del presupuesto oficial, y que uno de los contratos hubiera ejecutado 15.000 m^2 de pavimento de concreto rígido de resistencia mayor o igual a 3.000 psi, y que uno de los contratos hubiera ejecutado 100.000 kg de acero de refuerzo, por lo menos 6.000 m^2 de loseta en concreto con viga de confinamiento, y por lo menos un *box coulvert*.

Como vemos en el ejemplo, la entidad estatal decidió solicitar a quien estuviera interesado que debería acreditar para garantizar la reconstrucción de una vía que es el objeto de la licitación, una experiencia general superior a quince años, verificables con su inscripción de la Cámara de Comercio o con los años de expedición del su matrícula profesional para el caso de la profesiones liberales. Es inaceptable que una licitación pública con este volumen de recursos públicos ($10.008.605.564) haya generado un licitante, pero es posible debido de esta regla restrictiva de participación, a lo que se suma un porcentaje más alto con respecto al presupuesto oficial y cantidades de obra específicas.

6) Clasificación de la experiencia del Registro Único de Proponentes adecuada a la naturaleza del contrato

Finalmente, por exigencia del artículo 221 del Decreto 019 de 2013, en las licitaciones públicas cuyo objeto sea una obra pública se requiere que se exija que los oferentes estén inscritos, clasificados y calificados en el registro único de proponentes. Esto establece el artículo 221 del decreto antitrámites:

---

[336] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-131771*].

Artículo 221. *De la verificación de las condiciones de los proponentes*. El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

"Artículo 6. *De la verificación de las condiciones de los proponentes*. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

El RUP está reglamentado por los artículos 2.2.1.1.1.5.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015. En primer, lugar el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del decreto en mención plantea que las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en procesos de contratación convocados por las entidades estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

Señala el artículo 2.2.1.1.1.5.2 ibídem, que el interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

1. Si es una persona natural:

1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias

de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. *El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos*, *los bienes*, *obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar*, *identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel*.

[…]

2. Si es una persona jurídica:

2.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

[…]

2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.3, relativo a los requisitos habilitantes contenidos en el registro único de proponentes, las cámaras de comercio, con base en la información reportada por los interesados, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. *Experiencia*. Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.

Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv".

En el SECOP[337] está el clasificador del registro único de proponentes hasta el cuarto nivel, y de allí las entidades estatales toman los datos de la clasificación para incorporarlos a los pliegos de condiciones, aunque no hacen un juicioso análisis de la familia y la clase que corresponde con el objeto del contrato a celebrar, lo que genera una exclusión de posibles oferentes que, estando clasificados en la familia y la clase que le correspondería al objeto a contratar, no pueden presentar oferta, por cuanto no están inscritos en los señalados por los pliegos de condiciones.

Como ejemplo está el municipio de El Retiro (Departamento de Antioquia) con la licitación n.º LP 12-2015[338] cuyo objeto era "La construcción de la cancha sintética y obras complementarias de la Unidad Deportiva Carlos Mauro Hoyos del municipio de El Retiro", la cual sólo tuvo un proponente y con un descuento de sólo el 0,18%. El siguiente es el registro de clasificación en el registro único de proponentes que generó la baja participación:

> Para el presente proceso el proponente deberá acreditar como mínimo cinco (5) contratos terminados, con entidades públicas o privadas, ya sea individualmente o en consorcio o unión temporal, los cuales deben cumplir la siguiente clasificación:
> Segmento: 72
> Familia: 14
> Clase: 13
> Descripción: Servicio de construcción de facilidades atléticas y recreativas.
> Descripción: Servicio de preparación de tierras.
> – La sumatoria de al menos dos (2) contratos debe ser igual o superior a 8.000 smmlv[339].
> Consultado el SECOP, este es el resultado de la solicitud de la entidad:
> Código: UNSPSC 72141300.
> Clase: Servicio de construcción de facilidades atléticas y recreativas.
> 72. Servicios de edificación, construcción de instalaciones y mantenimiento.
> 14. Servicios de construcción pesada.
> 13. Servicio de construcción de facilidades atléticas y recreativas.
> Código UNSPSC 72141500 clase: servicios de preparación de tierras.
> 72. Servicios de edificación, construcción de instalaciones y mantenimiento.
> 14. Servicios de construcción pesada.
> 15. Servicio de preparación de tierras.

---

[337] [http://www.colombiacompra.gov.co/proveedores].

[338] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-144994].

[339] De acuerdo con el salario mínimo legal vigente de 2015, equivalente a $644.350, correspondería a $5.154.800.000.

Al analizar la solicitud de los pliegos encontramos que se exige la clasificación en la familia 14, servicios de construcción pesada, cuando esta obra no lo requiere, por cuanto al analizar tanto los estudios previos como los pliegos de condiciones definitivos, el municipio no reclamó maquinaria mínima ni como requisito habilitante ni como criterio de adjudicación de puntos, al exigirse que sólo pueden participar quienes hayan realizado obras en donde hayan requerido grandes maquinarias, como por ejemplo para hacer vías.

En nuestra consideración, esta sería la clasificación incluyente y necesaria:

72. Servicios de edificación, construcción de instalaciones y mantenimiento.

15. Servicios de mantenimiento y construcción de comercio especializado.

31. Servicios de construcción de facilidades atléticas y recreativas.

Se puede visualizar que el municipio, con el objeto de limitar la participación, no sólo establece esta restricción, sino que la misma está asociada a la petición de los pliegos de condiciones respecto de la facturación, donde se solicita 8.000 smlv, que equivale a más de $5.000 millones de la vigencia 2015.

f. La sustentación de las medidas que reflejan el criterio de experiencia en obra pública que garantice la libertad de competencia

La intención de este acápite es sustentar cada una de las reglas de prevalencia condicionada que se confeccionaron luego del análisis de casos en donde confrontamos las reglas que surgían de procesos de selección con baja concurrencia y procesos de selección que generaban alta concurrencia. A lo anterior le agregamos los análisis de peticiones u observaciones que se presentaban a procesos en donde no se admitía la sugerencia presentada por el interesado y que en muchos casos coincidía con procesos analizados donde la entidad estatal tenía esa regla que era rechazada por otra entidad. Así como identificamos lo que serían las reglas que garantizaban la concurrencia en la experiencia en obra pública pasamos a generar una serie de sustentaciones que sirven para darle soporte a cada una de las reglas de prevalencia creadas. Al final se suministra un cuadro que combina la regla de prevalencia y el soporte que la puede sustentar.

1) Garantía por estabilidad de la obra en la celebración de contratos de obra pública

Una norma que puede ser referencia para construir un modelo de pliegos incluyentes podría ser el artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007 que regula la constitución de la garantía única que deben contratar los particulares cuando suscriben contratos estatales. El artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, reglamentario de la garantía única, señala que las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son el contrato de seguro, el patrimonio autónomo y la garantía bancaria. Luego, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 ibídem señala que la garantía de cumplimiento del contrato debe incluir, entre otros, la estabilidad y calidad de la obra, amparo que cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro imputable al contratista que pueda sufrir la obra una vez sea entregada a satisfacción. Esta garantía de estabilidad y calidad de la obra regulada en el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del decreto en mención debe estar vigente por un término no inferior a cinco años contados a partir de la fecha en la cual la entidad estatal la recibe a satisfacción. Agrega la norma que la entidad estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que en lo referente a obras públicas ejecutadas para el Estado, el contratista debe responder durante cinco años por el cumplimiento del contrato, con lo cual, entre más años se verifique el cumplimiento, menor será el riesgo de incumplimiento, lo que genera una mayor garantía para los proyectos futuros que este postulante pueda efectuar en licitaciones públicas donde presente oferta, a diferencia de la que puede ofrecer un contratista que haya ejecutado la obra en el año o los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la propuestas.

En esos términos, en el caso de obras públicas iguales o similares a la que vaya a contratar el Estado, ¿no le representa una prenda de garantía para la entidad estatal un oferente cuya obra está próxima a superar la garantía de estabilidad de obra? Se considera que si la entidad estatal no tiene razones para no permitir la participación de un licitante que posea por lo menos experiencia en la ejecución de uno o varios contratos ejecutados cinco años atrás contados a partir de la presentación de propuestas, o deja de considerar un oferente que presenta más

garantías en la medida que su obra no ha sido sujeta al reclamo de estabilidad de la obra en un término de cinco años, no parece razonable que la entidad estatal solicite experiencia ejecutada en el último o dos últimos años pues no habría una justificación aparente, y se convierte este requerimiento en un acto abusivo o arbitrario.

2) Garantía por vicios ocultos en la construcción de obra civil a precio único, o la garantía de estabilidad de la obra pública

Cuando se trata de medir la experiencia obtenida en el sector privado, algunas entidades estatales, para los casos de construcción de edificios con precio único, han dejado de considerar la garantía que tienen que brindar los constructores durante diez años luego de construida la obra por vicios en la construcción, el suelo o los materiales, tal como lo expone el numeral 3.º del artículo 2060 del Código Civil,

> … si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, 2057 inciso final.

En esos términos, en el caso de obras de construcción a precio único (que en las formas de remuneración en obra pública se llama precio global), ¿no representa garantía para la entidad estatal un oferente cuya obra está próxima a superar la garantía por vicios ocultos, o por buena calidad de los materiales?

Se considera que si la entidad estatal no tiene razones para impedir la participación de un licitante que posea por lo menos experiencia en la ejecución de uno o varios contratos ejecutados diez años atrás contados a partir de la presentación de propuestas, o deja de considerar un oferente que ofrece más garantías en la medida que su obra no ha sido sujeta al reclamo de estabilidad de la obra en un término de cinco años, o no ha tenido reclamos por vicios ocultos de construcción en los últimos diez años, no parece razonable que la entidad estatal solicite experiencia ejecutada en el último o dos últimos años pues no habría una justificación aparente, y se convierte este requerimiento en un acto abusivo o arbitrario.

3) Responsabilidad civil de los contratistas

El artículo 52 de la Ley 80 de 1993 regula la responsabilidad de los contratistas y establece que los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley de contratación. Determinada la responsabilidad de los contratista tanto penal como civil, el artículo 55 ibídem regula el término de prescripción de esta responsabilidad en 20 años.

Para efectos de la creación de reglas de prevalencia condicionada, la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual en la parte civil permite que las entidades estatales puedan perseguir judicialmente al contratista para efectos de que responda por los daños que genere el objeto del contrato durante veinte años. Por lo tanto, es inadmisible que las entidades soliciten experiencia reciente cuando hay proponentes que han estado garantizando el objeto del contrato durante veinte años.

4) Normas técnicas

Consultado un proceso de selección por licitación pública de uno de los organismos rectores en la construcción de obra pública, el Instituto Nacional de Concesiones, que se transformó en la Agencia Nacional de Infraestructura, y específicamente la licitación pública n.º SEA-LP-10-002-2009[340] que tenía por objeto seleccionar la *propuesta* más favorable para la adjudicación de un contrato de concesión para que el concesionario, por su cuenta y riesgo, realizara las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según correspondiera del Proyecto Vial Transversal de las Américas, y la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, la gestión social, y la gestión ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el Corredor Vial "Transversal de las Américas Sector 1" denominado Corredor Vial del Caribe, en un Anexo Técnico se describían las normas de obligatorio cumplimiento del concesionario respecto del diseños de la vía, y que están en el documento "Contrato de concesión n.º 008 de 2010. Apéndice A técnico. Parte A".

---

[340] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-145577].

En la Ley 1228 de 2008 se regulan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones. En su artículo primero se clasifican las vías, estableciendo la adopción del Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional, y se identifican como arteriales, intermunicipales y veredales, indistintamente de quien esté a cargo de la vía. Luego, el artículo 2.º establece lo que se denomina la zona de reserva para carreteras de la red vial nacional.

Solo una norma técnica, la referente al diseño geométrico, es de años recientes, las demás son de 1999, por lo tanto coincide con las observaciones de los licitantes de solicitar que se requiera esta experiencia de diez años contados a partir del cierre de la convocatoria. Con respecto a la norma relacionada, del año 2008, no tendría incidencia respecto de la experiencia anterior a ese año, por cuanto sólo está estableciendo los metros de seguridad de las carreteras, que es un dato para la especificación técnica que debe respetar quien vaya a construir una vía. En esos términos creemos que en lo que tiene que ver con la construcción de obra pública para carreteras es razonable y proporcional que se solicite experiencia acreditada de construcción de vías ejecutadas en los últimos diez años contados a partir del cierre de la convocatoria pública.

5) Observaciones de los interesados a los pliegos de condiciones

Regularmente las entidades estatales solicitan la acreditación de obras iguales o similares por encima dos, cuatro y cinco veces del presupuesto oficial, la acreditación de la experiencia en el último año o en los últimos dos años contados hacia atrás a partir de la fecha de entrega de las propuestas, igualmente, la acreditación de obras iguales o similares exclusivamente con el sector público, y finalmente experiencia con cantidades de obra específica, por lo que ha generado en repetidas oportunidades observaciones de los interesados en presentar oferta contra estas reglas restrictivas.

De hecho, hay observaciones de proponentes que argumentan que es un atentando contra la pluralidad de oferentes una regla como la cuestionada, y piden que se modifique el pliego de condiciones para que se reduzca la experiencia en obras iguales o similares una vez el presupuesto, o se amplíe la experiencia hasta los últimos diez años, que se permita experiencia en obras iguales o similares tanto en el sector público como con el sector privado; igualmente,

se ha requerido al Estado para que no exija actividades constructivas medidas por cantidades de obra.

6) Pliegos de condiciones que contemplan acreditación de experiencia en los últimos diez años o sin límite de años contados a partir del cierre del proceso de selección

Igualmente, existen pliegos de condiciones que para efectos de acreditar experiencia han permitido que se presenten oferentes que hayan ejecutado la obra en los últimos diez años contados a partir de la recepción de ofertas para acreditar experiencia relacionada, e incluso no establecen límites temporales, de tal manera que hay entidades estatales que no consideran que este tipo de proponentes representen un riesgo para la ejecución del contrato por lo que les parece suficiente dicha experiencia como requisito habilitante.

Adicionalmente, la Guía de Colombia Compra Eficiente[341] propone que la "experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia […] en la medida en que continúen con sus actividades", confirmando lo que estamos denunciando.

Con una experiencia de los últimos diez años o sin límite temporal se estaría conforme con el artículo 5.º de la Ley 1150 que exige de la experiencia que sea adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor.

7) El impacto de las tratados de integración no vinculantes y vinculantes para Colombia, las convenciones y los acuerdos comerciales en la contratación pública

Al revisar los tratados de libre comercio celebrados por Colombia con distintos países, y que contienen un capítulo especial referido al mercado de la contratación pública, vemos una gran preocupación del concierto internacional en regular la forma de acceder al mercado de los bienes y servicios, y la construcción de obras que corresponden al presupuesto oficial del Estado

---

341

[http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf].

colombiano, y en esa medida proponen unos estándares internacionales que deben cumplir las entidades estatales cuando, determinado por las cuantías, están obligadas a aplicar al contenido de los pliegos de condiciones que es finalmente donde convergen las reglas de participación, mecanismo idóneo para permitir que los proveedores de los países firmantes pueden presentar oferta técnica y económica. Bajo dichos parámetros, estos serían los criterios generales que implica que los pliegos de condiciones cuya convocatoria pública esté cubierta, y de todas maneras como un referente de una norma internacional que puede ser tenida en cuenta en cualquier proceso:

1. Los pliegos de condiciones deben contener reglas que permitan la máxima competencia posible donde se garanticen los principios de transparencia y la no discriminación, con lo cual se hace énfasis en la promoción del derecho de libre competencia económica y el derecho a la igualdad entre licitantes.

2. Está prohibido que contengan cláusulas que tengan por propósito crear un obstáculo que se califique como innecesario, es decir, que su regulación no contenga ninguna justificación.

3. La autorización de incluir cláusulas que contengan condiciones que sólo se limiten a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proponente posee la capacidad legal, comercial, técnica y financiera que le permita cumplir con las especificaciones técnicas del objeto del contrato, con lo cual se deberán utilizar instrumentos jurídicos como el principio de proporcionalidad para establecer dichas medidas necesarias.

4. Los requisitos exigidos para presentar oferta se deben limitar a acreditar experiencia respecto de las actividades globales del negocio, por lo tanto, está prohibido exigir cantidades de obra específicas así sean equivalentes al contrato a suscribir.

5. Los requisitos exigidos para presentar oferta no pueden imponer como condición de participación de una contratación pública que a un proveedor se le hubiese adjudicado uno o más contratos para una entidad contratante de la parte de la entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia previa de trabajo en el territorio de parte. Esta restricción la asociamos en Colombia con la solicitud de exigir experiencia en la ejecución de obras iguales o similares con el sector público.

En esta norma se conmina a que los pliegos de condiciones promuevan la transparencia, la integridad y la competencia en el mercado del suministro de bienes, servicios y la construcción de obras o, en otras palabras, las condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la contratación pública[342]; por lo tanto están prohibidas medidas que adopte el comprador público que generen obstáculos innecesarios al comercio internacional [343] . Adicionalmente le está prohibido a las entidades públicas aceptar el asesoramiento en la preparación de especificaciones técnicas de una empresa que tenga interés comercial y que tenga por efecto dicho asesoramiento de excluir la competencia[344]. Este régimen jurídico establece además de la necesidad que los compradores públicos promuevan la transparencia, propone el desarrollo de la igualdad sin discriminaciones y medidas proporcionales, prohibiendo restricciones artificiales a la competencia, y que se traduce en la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores[345].

Igualmente a las entidades estatales les está prohibido imponer medidas que se califiquen como discriminatorias a los proveedores y de estos con los nacionales y por ello es imperioso que se trata sólo de aquellas medidas (garantía financiera, calificaciones técnicas, capacidad financiera, comercial y técnica) que se limiten a las que sean indispensables para requerir del licitante la capacidad para cumplir con el objeto del contrato, agregando la Directiva del Parlamento Europeo que deben ser proporcionales [346 - 347] . Con respecto a la capacidad

---

[342] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2004.

[343] Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 2014 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL).

[344] Acuerdo sobre Contratación Pública promovido por la Organización Mundial del Comercio en 1994.

[345] Directiva n.º 024 del 26 de febrero de 2014 expedida por el Parlamento Europeo.

[346] Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 2014 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL).

[347] Acuerdo sobre Contratación Pública promovido por la Organización Mundial del Comercio en 1994 y reformado en el año 2012.

financiera, comercial y técnica el requerimiento que se exija al proveedor debe estar relacionado con su actividad global[348].

Se reitera que las entidades estatales limitarán las condiciones de participación a aquellas que sean esenciales para asegurarse que el proveedor posee capacidad legal, capacidad financiera y capacidad comercial y técnica para garantizar el cumplimiento del contrato, y por ello establece como prohibición que las entidades estatales impongan como condición que para que un proveedor pueda presentar oferta se le hayan adjudicado previamente uno o varios contratos con dicha entidad contratante, o lo que es lo mismo, que deba acreditar experiencia con el sector público[349].

8) Ley 1882 del 15 de enero de 2018 sobre la exigencia de experiencia en los sectores público y privado

El artículo 5.º de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018 introdujo el parágrafo 5.º al artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, una obligación para las entidades estatales en todos los procesos de contratación y referido a la experiencia general y específica:

> Parágrafo 5.º. 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.

Entonces a partir del 15 de enero de 2018, en todos los procesos de selección por convocatoria pública el requerimiento vía pliegos de condiciones de la experiencia general y específica del proponente deberá permitir la acreditación de experiencia con el sector privado, propuesta que es compatible con los resultados de esta investigación en donde consideramos desproporcional que se exigiera exclusivamente experiencia general y específica única y exclusivamente con el sector público.

---

[348] Ídem.

[349] Ídem.

9) Ejemplos de procesos de selección donde se garantizó la libertad de competencia económica

Los casos que a continuación se relacionan reflejan que la amplitud de la regla de experiencia en obra tiene como consecuencia tanto un número mayor de participantes como un beneficio económico.

a) Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil

El primer caso se refiere a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil con la licitación pública n.º 13000028 OL de 2013[350] la cual tenía por objeto: "Contratar las obras para el mantenimiento de la pista 16-34 y mantenimiento de las calles de rodaje del aeropuerto Camilo Daza de la ciudad de Cúcuta". A la convocatoria se presentaron catorce proponentes y dejaron un margen de descuento del 7,94%. Para validar la alta concurrencia al revisar las reglas de experiencia exigida a los proponentes encontramos que se solicitó un contrato que fuera equivalente al 80% del presupuesto oficial y dos contratos que sumados fueran iguales al 100% del presupuesto oficial, los cuales debían haberse ejecutado en los últimos quince años contados a partir del cierre del proceso, y con experiencia en construcción o mantenimiento o mejoramiento o rehabilitación de vías de comunicación, o de pistas de aeropuertos o de plataformas de aeropuertos. Agregó la reglamentación que en los contratos aportados se debía acreditar como mínimo una ejecución de concreto asfaltico en 1.903 m^3.

La explicación frente a la pluralidad de oferentes la encontramos en no exigir más del 100% del presupuesto oficial en la acreditación de experiencia, a lo que se agrega que se permite acreditar contratos ejecutados no sólo en los últimos diez años, como es nuestro modelo, sino en los últimos quince años contados a partir del cierre del proceso. Adicionalmente, no se limitó la experiencia al sector público ni se exigieron años de ejercicio profesional ni de existencia de la persona jurídica. Y para concluir, la amplitud frente a la facturación y la experiencia en años hacia atrás, no afectó la concurrencia en la solicitud de cantidades de obras específicas.

---

[350] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-89810].

b) Municipio de Medellín (Antioquia)

El segundo caso lo adjudicó el municipio de Medellín (Antioquia) con la licitación pública n.º 70005520 2015[351] cuyo objeto era la construcción del Centro de Atención Penal Integral para la ciudad de Medellín con elaboración de estudios y diseños técnicos, y en la cual se presentaron nueve oferentes, dejando un margen de descuento del 1,55%. Al revisar la experiencia encontramos que se exigía el 100% del presupuesto oficial en facturación y que uno de los contratos aportados al menos fuera igual o superior al 60% del presupuesto oficial, y adicionalmente que el área sumada construida fuera de 6.700 m^2. El objeto de los contratos debía ser la construcción de edificaciones.

La explicación frente a la pluralidad de oferentes la encontramos en no exigir más del 100% del presupuesto oficial en la acreditación de experiencia, a lo que se agrega que se permitió acreditar contratos ejecutados no sólo en los últimos diez años, como es nuestro modelo, sino que no se limitó el número de años contados a partir del cierre del proceso. Adicionalmente, no se limitó la experiencia al sector público ni se exigieron años de ejercicio profesional ni de existencia de la persona jurídica. Y para concluir, la amplitud frente a la facturación y la experiencia en años hacia atrás no afectó la concurrencia de la solicitud de metros^2 de construcción.

c) Instituto Nacional de Vías

El siguiente ejemplo es la licitación pública n.º LP-DT-SPA-001-2015[352] adelantada por el Instituto Nacional de Vías, y cuyo objeto era la "Atención de obras de emergencia para superar el proceso de socavación en el acceso al estribo izquierdo y en el estribo izquierdo del puente Yondó sobre el río Magdalena entre los departamentos de Santander y Antioquia, carretera Yondó-Barrancabermeja". A la licitación se presentaron dieciocho proponentes y dejaron un beneficio económico del 7,2%. Como experiencia se exigía la acreditación de obras de protección hidráulica en ríos y/o mares y/o lagos y/o ciénagas y/o quebradas y/o caños. La

---

[351] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-132052].

[352] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-133113].

explicación frente a la pluralidad de oferentes la encontramos en no exigir facturación para la acreditación de experiencia, a lo que se agrega que se permitía acreditar contratos ejecutados no sólo en los últimos diez años, como es nuestro modelo, sino que no se limitó el número de años contados a partir del cierre del proceso. Adicionalmente, no se limitó la experiencia al sector público ni se exigieron años de ejercicio profesional ni de existencia de la persona jurídica.

d) Municipio de Bucaramanga (Santander)

El siguiente caso corresponde al municipio de Bucaramanga (Santander) con la licitación n.º SI-LP-10-09[353] cuyo objeto era: "La construcción del Parque Integral Metropolitano Comuna 9 fase I de la ciudad de Bucaramanga". A la licitación se presentaron seis proponentes. La exigencia en experiencia la requirió la entidad en obras civiles en máximo cinco contratos ejecutados desde el 1.º de enero de 1995, cuyo objeto fuera la construcción, y/o rehabilitación y/o adecuación de infraestructura de escenarios deportivos. El valor de uno de los contratos equivalía a 4.5000 smlv. La explicación frente a la pluralidad de oferentes la encontramos en no exigir más del 100% del presupuesto oficial en la acreditación de experiencia, a lo que se agrega que se permitió acreditar contratos ejecutados no sólo en los últimos diez años, como es nuestro modelo, sino en los últimos quince años contados a partir del cierre del proceso. Adicionalmente, no se limitó la experiencia al sector público ni se exigieron años de ejercicio profesional ni de existencia de la persona jurídica.

10) Ejemplo de proceso de selección donde se incluyeron algunas de las medidas restrictivas y que derivó en la afectación de la libre competencia económica

El caso que se presenta tiene como propósito ilustrar que en algunas licitaciones los pliegos de condiciones contienen más de un obstáculo para limitar la libre competencia y el derecho de participación. Se trata del municipio de Pinillos (Bolívar) con la Licitación Pública n.º LP-MPO-

[353] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-50477].

003-2014[354], y con el siguiente objeto: "Mejoramiento, mantenimiento y conservación de la vía Pinillos, Plan Bonito, municipio de Pinillos, Departamento de Bolívar". Se presentó un licitante y no se otorgó descuento a la entidad. Se requirió como experiencia específica que el proponente acreditara ejercicio profesional como ingeniero de quince años o el mismo periodo como constitución de la persona jurídica. Solo se admitía experiencia con el sector público y ejecutada en los últimos cinco años, que no hubiera sido objeto de sanciones. Se admitieron máximo cuatro contratos ejecutados desde el 1.º de enero de 2010 y la sumatoria de los mismos debía ser igual a tres veces el presupuesto oficial, de los cuales se exigían cantidades obra específicas en conformación de calzada presentada en m^2, terraplén en m^2, excavación de material común de préstamo m^3, transporte de material proveniente de la explanación, canales y préstamos para distancias mayores a 1.000 metros.

La explicación frente a la nula participación de proponentes está en la exigencia de experiencia probable del constructor como persona natural de ejercer quince años la profesión o la existencia de la persona jurídica del mismo periodo. Luego la siguiente barrera es que la acreditación de experiencia sea únicamente con el sector público en contratos ejecutados los últimos cinco años. Los siguientes obstáculos se refieren a que la facturación de la experiencia de los últimos cinco años debía ser equivalente a tres veces el presupuesto oficial. Finalizó la restricción a la libre competencia con la exigencia de la acreditación de que todos los contratos aportados incluyeran cantidades de obra específicas.

g. Conclusiones respecto del trabajo de análisis de casos elaborado para demostrar la violación del derecho de igualdad en conexidad con la libre concurrencia

Del total de licitaciones públicas convocadas, adjudicadas y celebradas de contratos de obra pública con un presupuesto mayor de $1.000 millones contabilizadas desde el 14 de octubre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 analizadas y que se totalizan en 250 generan los

[354] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-111368].

siguientes resultados:

El 85% de las licitaciones públicas indican que tuvieron entre uno y máximo dos proponentes, cifra que se acerca al 96% a nivel municipal, y al 76% a nivel departamental.

Adicionalmente, el 84% de las licitaciones consultadas indicaron que la entidad estatal no obtuvo un beneficio económico que superara el 0,5% de descuento, y ello como resultado de comparar el presupuesto oficial suministrado en los pliegos de condiciones frente a la propuesta económica presentada por el proponente adjudicatario.

Al analizar las reglas de participación, sólo el 10% superó el test de proporcionalidad con base en las reglas de prevalencia condicionada del modelo estándar de pliegos de condiciones que confeccionamos para este trabajo de campo; es decir, se consideran ajustadas al principio de legalidad, principio rector del derecho administrativo frente a la configuración de pliegos de condiciones como actos administrativos de carácter general.

Si ello es así, significa que el 80% de las licitaciones públicas en Colombia, y sobre a todo a nivel territorial[355], no está cumpliendo con el propósito que se impuso el legislador del año 2007 al modificar el principio de selección objetiva, y era que mediante la regulación del contenido de los pliegos de condiciones, los requisitos mínimos habilitantes (experiencia, capacidad financiera, capacidad legal y organización), fueran "adecuados" y "proporcionales" con la naturaleza del contrato y con su valor, y por el contrario los pliegos de condiciones siguen siendo un instrumento que permite el direccionamiento de los procesos y no limita la capacidad de los servidores públicos a cargo de la contratación estatal para seguir diseñando procesos a la medida de proponentes determinados. En otras palabras, no se ha corregido lo que denunciaba la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007[356].

---

[355] Análisis que coincide con los reportes que han propuesto gremios como la Cámara Colombiana de Infraestructura a los medios de comunicación y que se encuentran referenciados en este trabajo.

[356] *Gaceta del Congreso* n.º 458 del 1.º de agosto de 2005. Proyecto de Ley n.º 20 de 2005 Senado "Por medio del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

2. Análisis de casos para verificar el cumplimiento del contrato en procesos de selección donde se garantizó la pluralidad de oferentes

a. Introducción

Entre los subprincipios que propone el principio de proporcionalidad está el juicio de proporcionalidad en estricto sentido que, recordemos, parte de una premisa; Bernal señala que la ley de ponderación supone que "cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro", y se divide en tres pasos:

> En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Consideramos que esta premisa podría ser comprobada fácticamente si se tratara de la no satisfacción o de afección del interés general frente a la importancia o satisfacción de la libertad de competencia en conexidad con el derecho de igualdad.

La propuesta sería evaluar todos aquellos casos en los cuales partimos de un análisis objetivo ante la pregunta del "Acta de Cierre"; de las 250 licitaciones públicas evaluadas tomaremos treinta donde se presentaron tres proponentes o más. Entre las razones por las cuales había más de tres licitantes está que, en oposición a los análisis que presentamos de las distintas reglas que eran restrictivas y abusivas, y que por ende generaban licitaciones de uno o máximo dos proponentes, aquí por el contrario, eran las reglas de participación las generadoras de la pluralidad de oferentes. Pero la pregunta que surge es ¿las reglas de participación generaron pluralidad de oferentes porque para el Estado significaba una experiencia que ponía en riesgo el interés general que representa?

Por lo tanto, el análisis que proponemos es revisar el proceso de selección desde dos perspectivas: una que sirva para evaluar la regla y establecer el riesgo que representó para el

interés general, y otra, hacer el seguimiento a la ejecución del contrato para determinar si esa regla que propició la pluralidad de oferentes bajo las protecciones al interés general en cuanto a adjudicar el contrato a un oferente que le ofreciera menos garantías, implicó que derivara en el incumplimiento del contrato. De este análisis debemos destacar que al presentarse concurrencia esa puja generó un beneficio económico para el Estado el cual se colige de restar el valor del presupuesto del valor del contrato.

1) Caja de Vivienda Popular (Distrito Capital)

La Caja de Vivienda Popular ordenó la apertura de la licitación pública n.º CVP-LP-004-2014[357] cuyo objeto era: "contratar por el sistema de precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste, la construcción de las obras de intervención física a escala barrial, ubicadas en las localidades de san Cristóbal, Usme y Kennedy, en Bogotá, de conformidad con las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones". Se presentaron seis proponentes generando un descuento del 3,55%. La experiencia de obra en servicios de construcción de vías; construcción de andenes, senderos, ciclos rutas, alamedas y/o escaleras; rehabilitación, mejoramiento y/o construcción de vías, andenes, etc.; y de autorización durante los últimos diez años celebrados con entidades públicas o privadas. Adicionalmente la facturación sería la equivalente a 2.5 veces el presupuesto.

Concurrencia: 6 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sólo con el sector público, frente a la propuesta de este pliego de 2.5 veces el presupuesto oficial en facturación en los últimos diez años, definitivamente la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato era la primera, por tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió con esta licitación.

---

[357] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-126935].

Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, pero al hacer seguimiento encontramos que hay suscripción del acta de liquidación de mutuo acuerdo que refleja dicho cumplimiento a satisfacción de la entidad contratante.

2) Instituto Nacional de Vías

El Instituto Nacional de Vías ordenó la apertura de la licitación n.º LP-DT-SPA-001-2015[358] cuyo objeto era: "La atención de obras de emergencia para superar el proceso de socavación en el acceso al estribo izquierdo y en el estribo izquierdo del puente Yondó sobre el río Magdalena entre los Departamentos de Santander y Antioquia carretera Yondó-Barrancabermeja". En el proceso se presentaron dieciocho proponentes obteniendo la entidad un descuento del 7%. La solicitud de experiencia se redujo a la acreditación de cuatro contratos en obras de protección hidráulica y fórmulas asociados igual o menor al presupuesto oficial.

Concurrencia: 18 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sólo con el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalente a una vez el presupuesto oficial en facturación, sin exigir años hacía atrás en la ejecución de los contratos a acreditar, definitivamente la primera la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato sería la primera, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto, asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

[358] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-133113].

3) Aeronáutica Civil

La Aeronáutica Civil ordenó la apertura de la licitación n.º 13000040 OL[359] cuyo objeto era: "Contratar la construcción de un sistema complementario de calles de rodaje en el costado occidental del aeropuerto internacional El Dorado fase 1", a la cual se presentaron catorce licitantes y se obtuvo un descuento del 8,243%. La exigencia de experiencia era un contrato de obra equivalente al 80% del presupuesto oficial, y dos contratos de obra certificados equivalentes al 100%, más un contrato de obras aeroportuarias de construcción o ampliación o mejoramiento o mantenimiento en pistas en un aeropuerto internacional, todos ejecutados durante los veinte años anteriores a la fecha de cierre del proceso. Se permitieron certificaciones en obras de infraestructura vial, pistas de aeropuertos o plataformas de aeropuertos o calles de rodaje y con cantidades de obra: excavaciones 470.000 m^3 y pavimentos asfálticos en 19.000 m^3, y un viaducto o puente vehicular de 150 metros mínimo.

Concurrencia: 14 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sólo del sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes a una vez el presupuesto oficial en facturación ejecutada en los últimos veinte años, definitivamente la primera la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato era la primera, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto, asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

[359] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-100951].

4) Secretaría de Educación del Distrito Capital

La Secretaría de Educación del Distrito Capital ordenó la apertura de la licitación SED-LP-DCCEE-025-2014[360], que tenía por objeto los "ajustes a los estudios y diseños existentes y la ejecución de las obras de demolición parcial, ampliación, modificación y obras complementarias del colegio distrital San Cristóbal sur, de la localidad 04 San Cristóbal, de acuerdo con los planos y especificaciones entregadas por la Secretaría de Educación del Distrito", a la cual se presentaron diecisiete proponentes generando un descuento o beneficio económico equivalente al 2,3%. Como experiencia se requirió que se acreditaran contratos de obra con área construida de 12.500 m^2, y uno de los contratos de obra que acreditara un área construida cubierta como mínimo de 5.000 m^2.

Concurrencia: 17 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes donde no se exigía facturación ni acreditación de experiencia en los años anteriores, sino únicamente que se acreditaran áreas construidas y entre ellas el área construida cubierta definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, dicha reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió en esta licitación. Queda por evaluar si la reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, 2014 a la fecha si bien no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

[360] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-119825].

5) Gobernación de Santander

La Gobernación de Santander ordenó la apertura de la licitación pública n.º ED-LP-14-13[361] cuyo objeto era: "El mejoramiento y obras complementarias en el aula múltiple del Instituto Técnico Industrial Aquileo Parra del municipio de Barichara, Santander". La convocatoria tuvo una participación de siete proponentes para un descuento del 0,9%. Se requería por experiencia máximo tres contratos cuyo objeto fuera la construcción y/o adecuación y/o mejoramiento y/o rehabilitación de edificaciones. Uno de los contratos debía acreditar el 50% del presupuesto oficial, en el cual se debía acreditar el 50% de cantidad de cielo raso y subestación eléctrica y aire acondicionado. Uno de los contratos debía acreditar suministro e instalación de 307 m^2 de cielo raso, subestación eléctrica y suministro e instalación de aire acondicionado. Uno de los contratos debía acreditar suministro e instalación de piedra Barichara.

Concurrencia:7 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes donde no se exigía facturación ni acreditación de experiencia en los años anteriores sino únicamente que se acreditaran áreas construidas y actividades propias de lo que se iba a contratar definitivamente, la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

[361] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-130828].

6) Municipio de Armenia (Quindío)

El municipio de Armenia ordenó la apertura de la licitación pública n.º DAJ-LP-017 de 2014[362] que tenía por objeto: "la construcción del corredor turístico de la carrera 18 fase 1". Se presentaron cinco proponentes con un beneficio económico equivalente al 3,8%. La experiencia se acreditaría con máximo dos contratos de obra que tuvieran por objeto la construcción o mejoramiento de vías cuya sumatoria fuera equivalente a 1.5 veces el presupuesto oficial incluyendo las actividades constructivas de muros, zapatas, pilotes en concreto en cantidades de 900 m^2 y acero de refuerzo en cantidad de 40.000 kg, con piso de bloque de concreto de 1.100 m^2.

Concurrencia: 5 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes donde la facturación y las cantidades de obras se pueden acreditar en cualquier tiempo de lo que se va a contratar definitivamente, la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo que la reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió en esta licitación. Queda por evaluar si dicha reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, 2014 a la fecha, si bien no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

7) Municipio de Medellín (Antioquia)

El municipio de Medellín ordenó la apertura de la licitación pública n.º 70005376 de 2014[363] cuyo objeto social era "la adecuación del segundo nivel de la Seccional de Investigación MEVAL,

---

[362] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-129595].

[363] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-128158].

con elaboración de estudios y diseños técnicos", a la cual se presentaron cuatro proponentes dejando un margen de descuento del 2,7%. Como experiencia se solicitó acreditar contratos de obra por un valor equivalente al 100%, y que al menos uno de ellos tuviera el 60% del presupuesto oficial y por objeto la reposición, mejoramiento, adecuación y/o mantenimiento de edificaciones.

Concurrencia: 4 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 100% en facturación definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

8) Secretaría de Integración Social del Distrito Capital

La Secretaría de Integración Social ordenó la apertura de la licitación SDIS-LP 009-2014[364] cuyo objeto era la realización de "Obras de ampliación, modificación, demolición parcial y reforzamiento estructural para el jardín infantil San Jorge, ubicado en la localidad de Rafael Uribe Uribe en la ciudad de Bogotá", a la cual se presentaron cuarenta proponentes con un margen de descuento del 1,07%. Como experiencia se exigió contratos de obra de construcción nueva o reforzamiento estructural o ampliaciones de edificio de 2.500 m^2 y una facturación equivalente al 200% del presupuesto oficial.

Concurrencia: 40 proponentes.

[364] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-127877].

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 200% en facturación con actividades constructivas asociadas al objeto a contratar sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió.

Mediante la Resolución 1526 del 14 de septiembre de 2017 se decidió respecto del presunto incumplimiento del contrato de obra n.º 11144 del 24 de diciembre de 2014 suscrito entre la Secretaría Distrital de Integración Social y Germán Villanueva Calderón. El sustento de la declaratoria de incumplimiento se basó en el hecho de que el contratista dejó de ejecutar el 3,37% del valor total del contrato, al no entregar la obra finalizada en la fecha indicada. Luego en la resolución se dejó la siguiente consideración:

> El contratista en los descargos presentados adujo primeramente que el objeto contractual pactado difiere del que realmente se realizó, pues el contrato original sufrió modificaciones en los diseños y por lo tanto el presente proceso de incumplimiento se estaría adelantando con base en un objeto distinto; que los diseños definitivos estructurales, arquitectónicos, hidráulicos, eléctricos y de localización, fueron entregados por la entidad finalizando la obra, y que el presupuesto fijado para la obra no alcanzó para su terminación total pues se dio una descompensación económica en contra de él.

No acogiendo estos argumentos la entidad en el resuelve decidió declarar el incumplimiento parcial del contrato de obra n.º 11144 de 2014 y se le impuso una sanción pecuniaria superior a los $8.000.000 equivalente al 3,33%.

En este caso si bien formalmente se podría calificar como un incumplimiento, tenemos que medirlo desde la óptica de nuestra investigación, y es que los requisitos que la administración impuso en los pliegos de condiciones tenían como propósito contratar a un particular que le ofreciera las garantías suficientes en sus condiciones de experiencia y capacidad financiera que le permitieran cumplir con el objeto del contrato. Cuando evaluamos estas licitaciones vemos que tenían reglas menos restrictivas que otros pliegos de condiciones, y ello nos autoriza para revisar si al disminuir los requisitos se pone en riesgo el cumplimiento del

contrato. Detectamos el incumplimiento del contrato, pero no derivado del perfil del contratista y su falta de idoneidad sino respecto de la controversia entre las dos partes, uno que aduce que no cumplió dentro del plazo y otro que señala que le modificaron los diseños y por eso no era válido que le declarasen el incumplimiento del contrato. En esos términos este incumplimiento no incide en nuestra medición.

9) Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Capital (IDU)

El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) ordenó la apertura de la licitación IDU-LP-SGI-030-2014[365[que tenía por objeto "la demolición, limpieza, cerramiento y mantenimiento de predios adquiridos por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) para la ejecución de proyectos viales y de espacio público que están en administración a cargo de la dirección técnica de predios-proyectos varios", en Bogotá, en la cual se presentaron tres proponentes sin dejar un descuento para la administración. Como criterio de experiencia se exigieron aquellos contratos, cuyo objeto fuera en cualquiera de los siguientes casos: "demolición de proyectos para infraestructura vial y tráfico automotor (vías y estructuras viales) o demolición de proyectos de espacio público o demolición de predios". Se permitía acreditar la experiencia en hasta diez contratos, autorizando contratos de los sectores público y privado, administración delegada, fiducias y concesiones. Adicionalmente, el proponente debía acreditar un contrato con el 75% del presupuesto oficial, dos contratos con el 100% del presupuesto oficial, tres a seis contratos con el 150% del presupuesto oficial y siete a diez contratos con el 200% del presupuesto oficial.

Concurrencia: 3 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 200% como techo máximo en facturación y sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, dicha reducción de experiencia generó una

[365] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-127245].

afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió en esa licitación. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

10) Unidad de Mantenimiento Vial del Distrito Capital

La Unidad de Mantenimiento Vial ordenó la apertura de la licitación LP-12-2014[366] cuyo objeto era "La construcción de las obras de estabilización, en altos de la estancia, sector medio La Carbonera, en la localidad de ciudad Bolívar", Bogotá, de acuerdo con los diseños suministrados por el IDEGER antiguo FOPAE, en la cual se presentaron nueve proponentes para un margen de descuento del 1,8%. Como experiencia se exigieron contratos de obra entre uno y diez contratos por proponente así: un contrato con el 60% del presupuesto oficial; dos a seis contratos con el 100% del presupuesto oficial; siete a diez contratos con el 150% del presupuesto oficial, y el objeto del contrato debía corresponder a:

a. La construcción de obras de mitigación de riesgos;

b. La construcción de obras de estabilización de taludes y/o masas de suelo;

c. La construcción de obras de contención de taludes de roca y/o masa por procesos de remoción de masa, y

d. La construcción de proyectos de infraestructura vial sólo teniendo en cuenta construcción de estructuras.

Concurrencia: 9 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 200% como techo máximo en facturación

[366] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-128879].

sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2014 a la fecha si bien no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

11) Gobernación de Nariño

La Gobernación de Nariño ordenó la apertura de la licitación pública n.º 13-2014[367] cuyo objeto era "el mejoramiento, gestión predial, social, y ambiental de la vía Albán-San Bernardo-La Cruz-Higuerones sector 1: El Empate-Puente Quiña-Albán, sector 2: Albán-San Bernardo hacia Quebrada La Vieja y sector 3: sector de Las Ladrilleras-La Cruz". Se presentaron cinco proponentes y la entidad tuvo un margen de descuento del 1,9%. En la ejecución de contratos cuyo objeto estuviera relacionado con la construcción y/o mejoramiento y/o rehabilitación de vías, la experiencia se debía acreditar en máximo tres contratos terminados y/o liquidados, cuya sumatoria, expresada en smmlv a la fecha de su suscripción o perfeccionamiento, fuera igual o superior al 75% del presupuesto oficial estimado en smmlv. En los tres contratos se solicitó demostrar la ejecución de estructuras de pavimento flexible o asfáltico en las cuales se hubieran ejecutado actividades de sub bases, bases, carpeta de rodadura, obras de contención, y obras de drenaje. Adicionalmente, acreditar la construcción de pavimento articulado o adoquín, y presentar un contrato terminado y/o liquidado, que demostrara la ejecución de pavimento articulado o en adoquín expresada en smmlv a la fecha de su suscripción o perfeccionamiento, que fuera igual o superior a 2.230 smmlv.

Concurrencia: 5 proponentes.

---

[367] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-117500].

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 75% del presupuesto oficial como techo máximo en facturación, sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó el acta de recibo final con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

12) Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá

El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá ordenó la apertura de la licitación pública n.º FVS-LP-02-2014 [368] que tenía por objeto "la construcción de la primera fase del edificio para los alojamientos en el Batallón de Polícia Militar n.º 13 'General Tomás Cipriano de Mosquera', sector de Puente Aranda en la ciudad de Bogotá", a la cual acudieron dos proponentes y hubo un porcentaje de descuento del 2,0%. Se solicitó experiencia en 3.934 smmlv en máximo tres contratos ejecutados en los últimos diez años en obras nuevas de construcción de carácter público de seguridad, defensa y justicia desarrolladas a través de contratos con entidades estatales del orden nacional, departamental o distrital, cuya sumatoria de las áreas certificadas tuviera como mínimo 4.000 m^2. Igualmente, en máximo tres contratos, ejecutados en los últimos diez años en obras nuevas de construcción de carácter público de seguridad, defensa y justicia desarrolladas a través de contratos con entidades estatales del orden nacional, departamental o distrital, cuya sumatoria tuviera como mínimo 1.000 m^2.

Concurrencia: 2 proponentes.

---

[368] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-124842].

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes a 3.904 smlmv como techo máximo en facturación ejecutados en los últimos diez años definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente generó esta licitación que, aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2014 a la fecha, si bien no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

13) Gobernación del Valle del Cauca

La Gobernación del Valle del Cauca ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-SMIT-001-2014[369] que tenía por objeto "realizar los estudios y diseños y construcción de un puente de cuatro carriles sobre el río Cauca en el corregimiento de Juanchito en el Departamento del Valle". Se presentaron tres proponentes pero no se obtuvo porcentaje de descuento. Se solicitó experiencia en obras de construcción y reparación de puentes en un monto de 22.646 smmlv. Como experiencia específica se pidieron los siguientes requisitos:

1. Un máximo de tres contratos finalizados y liquidados, cuyo objeto o alcance haya sido la "construcción de puentes vehiculares colgantes y/o atirantados y/o en concreto mediante el sistema de voladizos sucesivos y/o en concreto mediante el sistema pretensado y/o postensado y/o metálicos". La suma del(los) contrato(s) presentado(s) debía ser igual o superior al 50% del valor del presupuesto oficial, expresado en smmlv.

[369] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-116721].

2. Aportar un máximo de tres contratos de consultoría, finalizados y liquidados, o que la consultoría hubiera hecho parte del contrato de obra, cuyo objeto o alcance fueran estudios y/o diseños para la construcción de puentes vehiculares colgantes y/o atirantados y/o en concreto mediante el sistema de voladizos sucesivos y/o en concreto mediante el sistema pretensado y/o postensado y/o metálicos. La suma de el(los) contrato(s) presentado(s) debía ser igual o superior al 1,60% del valor del presupuesto oficial, expresado en smmlv.

Concurrencia: 3 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 50% del presupuesto como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió en esta licitación que, aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2014 a la fecha, si bien no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

14) Municipio de Sesquilé (Cundinamarca)

El municipio de Sesquilé ordenó la apertura de la licitación pública n.º 001-2014[370] con objeto de "contratar por el sistema de precios unitarios fijos, sin fórmula de ajuste, el mejoramiento, y conservación de la vía Fruncidero en el municipio de Sesquilé, Departamento de Cundinamarca". Se presentaron cuatro proponentes y se generó un descuento del 1,8%. Como criterio de experiencia se solicitó mínimo dos y máximo tres contratos de obra pública

[370] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-113985].

terminados en los últimos siete años dos veces el presupuesto oficial, cuyo objeto hubiera sido la construcción y/o mantenimiento y/o mejoramiento y/o rehabilitación de vías. Como experiencia específica se pidió máximo dos contratos de obra pública con el valor de facturación 10% del valor del presupuesto oficial y ejecutados en los últimos ocho años.

Concurrencia: 4 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 200% como techo máximo en facturación en los últimos siete años definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

15) Municipio de Duitama (Boyacá)

El municipio de Duitama ordenó la apertura de la licitación pública n.º LIC-014-2014[371] con objeto de "contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste las obras de infraestructura en la ciudad de Duitama, Boyacá", que a continuación se señalan:

Grupo 1:

1) Construcción del centro recreativo y ambiental de la ciudad de Duitama;

2) Construcción y adecuación de andenes sobre las carreras 16 y 16a en la zona centro del municipio de Duitama;

[371] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1-126238].

3) Rehabilitación vial mediante la construcción de un tramo de muro de protección en la quebrada La Aroma.

Grupo 2:

4) Construcción de la cubierta del polideportivo del colegio Boyacá;

5) Mantenimiento de las canchas de fútbol;

6) Construcción del Skate Park.

A la licitación se presentaron catorce proponentes, con un porcentaje de descuento del 1,4%. La experiencia del oferente se acreditó en el registro con un contrato ejecutado y liquidado con valor superior al 50% con objeto renovación paisajística y ambiental; un contrato 50% cuyo objeto fuera la construcción, el mejoramiento o mantenimiento o la reconstrucción o rehabilitación del espacio público. Contratos de rehabilitación vial o protección equivalente al 50%, en máximo dos contratos.

Concurrencia: 14 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 50% como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

16) Metrolínea (Santander)

La entidad Metrolínea a cargo del servicio de transporte público de Bucaramanga ordenó la apertura de la licitación pública n.º M-IPU-011-2012[372] cuyo objeto señalaba: "La sociedad Metrolínea S.A., identificada con el NIT 830.507.387-3, pretende contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin reajuste la ejecución de las obras de construcción del Parque Estación UIS para el sistema integrado de transporte masivo-Metrolínea S.A. par vial carrera 25 y 26 calles 10 y 11, en la ciudad de Bucaramanga, sector barrio La Universidad", a la cual se presentaron tres proponentes y con un descuento del 0,8%.

Concurrencia: 3 proponentes.

Se exigió experiencia general en obras cuyo objeto hubiera sido la construcción o mejoramiento de obras de infraestructura vial y/u obras de urbanismo, terminadas en los últimos diez años a través de la facturación en dos contratos cuya sumatoria en valor fuera igual o superior al 100% del presupuesto oficial expresado en smmlv.

Adicionalmente se debía acreditar experiencia específica en máximo tres contratos de obra ejecutados durante los últimos diez años, cuyo objeto hubiera sido o contemplado lo que se describe a continuación:

a) La construcción y/o ampliación de obras de urbanismo superficiales, en un sólo contrato en el cual se hayan ejecutado 2.000 m^2 de andenes, losetas, baldosines o baldosas, y que simultáneamente se haya instalado un volumen de concreto superior a 1.400 m^3. Se entiende, para los efectos del presente pliego de condiciones, por obras de urbanismo superficiales las vías peatonales, alamedas, plazoletas y/o andenes.

b) La construcción de obras de infraestructura vial urbana en las cuales se haya ejecutado en un sólo contrato un volumen de pavimento en concreto hidráulico superior a 600 m^3.

---

[372] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86038].

c) El suministro y/o fabricación e instalación de estructura metálica en un sólo contrato en el cual se haya ejecutado un peso superior a los 77.000 Kg. Uno de los contratos relacionados para acreditar la experiencia específica debe ser igual o superior al valor del presupuesto oficial expresado en smmlv.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 100% del presupuesto como techo máximo en facturación en los últimos diez años definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió que aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2012, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

17) Metrocali (Valle del Cauca)

La empresa de servicio de transporte masivo de la ciudad de Cali (Valle del Cauca) ordenó la apertura de la licitación pública n.º MC-915.108.2.02.2015[373] con objeto de "contratar bajo la modalidad de precios unitarios fijos no reajustables actividades de mantenimiento y componentes de la infraestructura del SITM MIO". Con un porcentaje de descuento del 3,4%.

Se solicitó una experiencia de contratos de obra que tuvieran en su alcance: a. Construcción o mantenimiento o mejoramiento de pavimentos rígidos, y b. Construcción o mantenimiento o ampliación o reforzamiento en edificaciones públicas o privadas tales como: edificios de oficinas, plantas industriales, terminales, estaciones de sistemas de transporte público de

[373] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-137786].

pasajeros, industria farmacéutica, industria química, industria metalmecánica, industria de alimentos, aeropuertos, puertos, centros comerciales, hoteles, almacenes de grandes superficies, hospitales, bodegas, colegios, universidades, parques recreativos, centros vacacionales, escenarios deportivos, conjuntos residenciales. Al menos un contrato debía tener dentro de su alcance la construcción o mantenimiento o mejoramiento de pavimentos rígidos en vías urbanas, en el cual el volumen verificable de concreto instalado para pavimento rígido debía ser de mínimo 400 m^3, y b) Al menos un contrato, debía tener dentro de su alcance la construcción o mantenimiento o ampliación o reforzamiento de edificaciones públicas o privadas, en el cual el valor del contrato fuera de al menos 2.500 smmlv. La sumatoria de los valores de los contratos presentados por el oferente individual o plural (mínimo tres-máximo cinco), expresados en smmlv, debería ser mayor al 100% del presupuesto oficial. El valor de cada contrato expresado en smmlv sería calculado con su año de suscripción, teniendo como base el smmlv del año respectivo.

Concurrencia: 7 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 100% como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo con cantidades de obra específica, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

18) Municipio de Manaure (Guajira)

El municipio de Manaure ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-002-2015[374] cuyo objeto era el "mantenimiento, mejoramiento y conservación de la vía Manaure-Sabana de León-San José de Oriente en el municipio de Manaure Balcón del Cesar, Departamento del Cesar, en la cual se presentaron siete proponentes con un porcentaje de descuento del 2,5%. Para la experiencia de máximo cuatro contratos de obra terminados y que hayan contenido la ejecución de "obra civil en vías terciarias" siempre y cuando en el marco de los mismos se hayan ejecutado obras de placa huella.

Concurrencia: 7 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras sin facturación y sin límites en años hacia atrás definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió que aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

19) Municipio de Zona Bananera (Magdalena)

El municipio de Zona Bananera ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-005-2015[375] cuyo objeto era el "mantenimiento, mejoramiento y conservación de la vía Río Frío-El Puyo,

---

[374] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-143344].

[375] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-143240].

municipio de Zona Bananera, Departamento del Magdalena, la cual tuvo una participación de ocho proponentes sin ningún tipo de descuento. Como experiencia se requirió máximo cuatro contratos de obra civil en vías siempre que se hubieran ejecutado actividades de pavimentos asfálticos y/o pavimentos de concreto hidráulico y/o placa huella, en vías urbanas y/o carreteras primarias y/o carreteras secundarias y/o carreteras terciarias.

Concurrencia: 8 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras sin facturación y sin límites en años hacia atrás definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió, que aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

20) Fondo Financiero del Distrito Capital

El Fondo Financiero del Distrito ordenó la apertura de la licitación pública n.º FFDS-LP-005-2015[376] cuyo objeto era la "ejecución de actividades de obra blanca, acabados y suministro e instalación de equipo de aire medicinal, para la puesta en funcionamiento del hospital El Tintal E.S.E. Nivel II de atención", en la ciudad de Bogotá, la cual tuvo tres proponentes y un porcentaje de descuento del 4,4%. Como experiencia se requirieron contratos que debían

[376] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-141127].

sumar en su conjunto un Área Construida Cubierta (ACC) igual o superior a 12.500 m^2 y uno de estos en su ejecución debería acreditar un ACC igual o superior a 5.000 m^2.

Concurrencia: 3 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras acreditas en áreas construidas sin facturación y sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

21) Municipio de Envigado (Antioquia)

El municipio de Envigado ordenó la apertura de la licitación pública n.º 09-00-21-18-136-15[377] cuyo objeto era la "construcción de una cancha de fútbol en grama sintética para el Polideportivo Sur del municipio de Envigado, Antioquia, la cual tuvo una participación de cuatro proponentes y con un porcentaje de descuento del 4,3%. Como experiencia se exigió la acreditación de obras cuya sumatoria del valor ejecutado en smmlv certificadas por el proponente fuera mayor o igual a cinco veces el valor del presupuesto oficial en construcción de obras para entidades públicas o privadas. Y si la sumatoria del valor ejecutado en smmlv certificado por el proponente era mayor o igual a tres veces el valor del presupuesto oficial, expresado en smmlv a la fecha de cierre de la contratación, obtendría una calificación de *admisible*.

Concurrencia: 4 proponentes.

---

[377] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-143036].

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras con facturación cinco veces el presupuesto oficial y sin límites en años hacia atrás, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió, que aunque sólo se presentaron dos proponentes, de todas maneras las reglas no eran restrictivas y por eso se escogió como caso garantista. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

22) Gobernación de Antioquia

La Gobernación de Antioquia ordenó la apertura de la licitación pública n.º LIC-37-09-2015[378] que tenía por objeto la "construcción de obras enmarcadas en los planes maestros de acueducto y alcantarillado de los municipios de Necoclí etapa I y Puerto Nare en el Departamento de Antioquia, de acuerdo con las inversiones priorizadas en el PAP-PDA", a la cual se presentaron cuarenta y ocho proponentes para un 4,3% de descuento.

Por experiencia el proponente debería acreditar máximo tres contratos que hubieran tenido por objeto o incluido en su alcance "La construcción de redes de alcantarillado", y además, que el proponente acreditara haber facturado, en un máximo de tres contratos, con el objeto y/o alcance ya indicados, un valor en smmlv a la fecha de terminación de los mismos, igual o superior al 200% del presupuesto oficial expresado en smmlv, para cada grupo.

Concurrencia: 48 proponentes.

---

[378] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-140283].

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 200% del presupuesto oficial como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó el acta de recibo final con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

23) Biblioteca Piloto de Medellín (Antioquia)

La Biblioteca Piloto de Medellín ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP 002 de 2015[379] cuyo objeto era el "reforzamiento estructural, diseño y construcción de obras complementarias para la sede central de la biblioteca pública piloto para América Latina". Se presentaron tres proponentes que generaron un descuento del 2,5%. Se solicitó experiencia en contrato que debería tener por objeto o incluir en su alcance efectivamente realizado "la repotenciación o rehabilitación o actualización estructural de edificaciones en concreto hidráulico reforzado". Y en máximo de tres contratos, las siguientes condiciones: entre todos los contratos acreditar un valor ejecutado en smmlv, según lo reportado en el RUP igual o superior al 100% del presupuesto oficial en smmlv. Entre todos los contratos acreditar 100 m^3 de suministro e instalación de concreto hidráulico de 21 Mpa o mayor, para la rehabilitación de sólo los siguientes elementos estructurales: losas aéreas, vigas o columnas.

Concurrencia: 3 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalente al 100% del presupuesto oficial como techo

[379] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-140855].

máximo en facturación sin límite en el tiempo con cantidades de obra específicas, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió.

Mediante la Resolución n.º 40228 del 6 de diciembre de 2017 se declaró el incumplimiento del contrato. El debate se centró en que el constructor hizo responsable al diseñador, y este, a su vez, al constructor, por lo que no está en duda la idoneidad del contratista que es lo que mide los criterios de experiencia.

24) Consejo Superior de la Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura ordenó la apertura de una licitación pública n.º LP 09 de 2015[380] con el objeto realizar la construcción y dotación de mobiliario de la Sede de Despachos Judiciales de Soacha-Cundinamarca, tuvo como concurrencia treinta proponentes y un porcentaje de descuento del 2,4%. Como experiencia se solicitó en hasta cinco certificaciones de contratos ejecutados y terminados, cuyo objeto hubiera contemplado la construcción, remodelación, mejoramiento, rehabilitación y/o adecuación de edificaciones, cada una por al menos el 20% del valor del presupuesto oficial establecido. En todo caso, la sumatoria del valor de las certificaciones debía ser igual o superior al presupuesto oficial establecido para el proceso.

Concurrencia: 30 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 100% del presupuesto oficial como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó

[380] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-147561].

una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto, asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

25) Fuerza Aérea Colombiana

La Fuerza Aérea Colombiana ordenó la apertura de la licitación pública n.º 202-00-A-COFAC-DINSA-2015[381] cuyo objeto era la "construcción del acueducto veredal para Patico Alto y Bajo en la zona rural del municipio de Cantagallo, Bolívar-Caribe". Se presentaron quince proponentes con un porcentaje de descuento del 2,0%. La experiencia requerida correspondía a la sumatoria igual o superior a 2.196 smlmv, y ninguno de los contratos registrados en el RUP para acreditar la experiencia solicitada podía ser inferior a 1.098 smlmv. En cuanto a la experiencia específica en construcción de edificaciones de uso residencial el oferente debía aportar contratos ejecutados y/o certificaciones cuyo objeto hubiera correspondido a la actividad antes citada con un área construida mayor o igual a 971.28 m^2, y no se aceptaban certificaciones con un área menor a 485.64 m^2.

Concurrencia: 15 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras acreditar en áreas construidas equivalente máximo a 2.196 smlmv sin ser inferior a 1.098 smlmv y sin límite en el tiempo con cantidades de obra, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del

[381] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-144375].

contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

26) INDER-Medellín

El Inder-Medellín ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-025-15[382] cuyo objeto era la realización de "obras de construcción y adecuación de la cancha de fútbol Betania Belencito a grama sintética, incluye las obras de urbanismo inmediato; además de la placa polideportiva conjunta, ubicadas en la carrera 93b con calle 34a, Comuna 13, municipio de Medellín", en donde se presentaron diez proponentes y generaron un 6,2% de descuento. Como experiencia se exigieron contratos terminados, ejecutados por el proponente para el sector público o privado, ya fuera individualmente o en consorcio o unión temporal, y que hubieran tenido por objeto o dentro de su alcance incluyeran la construcción y/o adecuación de canchas de fútbol en grama sintética. Para acreditar esta experiencia, se debía aportar un máximo de tres contratos. En el evento de que se excediera ese número, sólo se tendrían en cuenta los primeros tres contratos relacionados en el Anexo n.º 3 siempre que estuvieran debidamente acreditados. La sumatoria del valor de los contratos acreditados debía ser igual o superior al presupuesto oficial (100%) expresado en smmlv, de lo contrario la propuesta sería *no admisible*.

Concurrencia: 10 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 100% del presupuesto oficial como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para

[382] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-147466].

esa época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

27) Policía Nacional

La Policía Nacional ordenó la apertura de la licitación pública n.º PN MEBUC LI 005 2015[*383*] cuyo objeto era el "mantenimiento general de los inmuebles donde funcionan algunas estaciones de policía pertenecientes al Departamento de Policía Santander", a la cual se presentaron tres proponentes que generaron un descuento del 43,6%. No se solicitó experiencia sino registro y clasificación para la capacidad de contratación.

Concurrencia: 3 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego sólo requiriendo la capacidad de contratación, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato; por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación del contrato se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

28) Municipio de El Zulia (Norte de Santander)

El municipio de El Zulia ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-010-2015[384] cuyo objeto era la "construcción de vivienda nueva en el sector urbano, municipio de El Zulia, Norte de Santander", se presentaron cuatro proponentes sin descuento; a) Para la experiencia se exigieron por lo menos tres contratos de obra cuyo objeto fuera "construcción de vivienda unifamiliar", y que sumados arrojaran en smmlv una suma igual o superior al 25% del

---

383 [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-146254].

384 Ídem.

presupuesto oficial del presente proceso de selección de contratista. Como experiencia específica tres contratos acreditados en el numeral anterior, debían corresponder a "construcción de vivienda unifamiliar". b) De conformidad con el literal anterior, los tres contratos referenciados debían haberse ejecutado por un valor igual o superior al 25% del presupuesto oficial del proceso de selección de contratista lo cual debía estar acreditado en el RUP. c) Así mismo, la Entidad requirió que con dos contratos aportados se acreditara experiencia en la construcción de 38 viviendas unifamiliares, estas actividades eran adecuadas a la naturaleza del objeto a contratar, toda vez que eran las más representativas.

Concurrencia: 4 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego de obras equivalentes al 25% del presupuesto oficial como techo máximo en facturación sin límite en el tiempo, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato, por lo tanto, esa reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación, año 2015, si bien a la fecha no existe el registro de la liquidación del contrato, ya para esta época se habría vencido la acción de controversias contractuales y ello no está registrado, por lo tanto asumimos que el contrato terminó sin inconvenientes entre las partes.

29) Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses ordenó la apertura de la licitación pública n.º 14-SG-2015[385], a la cual se presentaron cuatro proponentes y con un margen de descuento 2,4%. La experiencia del proponente se debía acreditar mediante tres certificaciones de experiencia en la ejecución de contratos de "construcción de edificaciones", las cuales debían ser expedidas por las entidades públicas o empresas privadas

[385] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-146679].

en las que se hubieran terminado los trabajos certificados durante los últimos diez años, antes de la apertura del presente proceso de contratación. El valor de una de las certificaciones presentadas debía ser mínimo del 70% del presupuesto oficial y la suma de las mismas ser igual o superior al 100% del presupuesto oficial de la contratación expresado en smmlv tomados de acuerdo con la fecha (año) de iniciación de la ejecución del contrato.

Concurrencia: 4 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego con facturación equivalente, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato; por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionarlo por incumplimiento.

30) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Instituto Colombiano de Bienestar familiar ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP 007 de 2015[386] cuyo objeto era "realizar las obras de remodelación, adecuación y ampliación de los inmuebles donde funcionan las sedes administrativas, centros zonales, sedes regionales, unidades aplicativas y de servicio del ICBF", donde se presentaron diez proponentes y no generó descuento para la entidad. Como experiencia se requerían obras, construcciones o adecuaciones de edificaciones, mediante la presentación de máximo cinco certificaciones de contratos, los cuales debían haberse iniciado, ejecutado y terminado a satisfacción en los últimos cinco años anteriores al cierre del proceso y cuya sumatoria en pesos convertida en smlmv equivaliera a 4.656. La sumatoria de los valores de los contratos

[386] [https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-144627].

iniciados, ejecutados y terminados a satisfacción, debería ser igual o mayor al 100% del presupuesto oficial de cada grupo, expresado en smmlv del proceso de selección.

Concurrencia: 10 proponentes.

Podemos concluir que entre una experiencia de ocho veces el presupuesto oficial ejecutada en los últimos dos años, sumado a la experiencia sólo en el sector público, frente a la propuesta de este pliego con facturación equivalente al 100% en los últimos cinco años, definitivamente la primera sería la experiencia que mejor garantizaría el cumplimiento del contrato; por lo tanto, esta reducción de experiencia generó una afectación al interés general en detrimento de obtener un oferente más robusto en beneficio de la pluralidad de oferentes, como finalmente ocurrió. Queda por evaluar si esta reducción de la experiencia pudo incidir en el incumplimiento del contrato, y para la época de adjudicación se acreditó la liquidación de mutuo acuerdo con lo cual se eliminó la posibilidad de cuestionar el contrato por incumplimiento.

b. Conclusión

Retomando la definición del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido en donde en el primer paso se requiere el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso se define la importancia de la satisfacción o no afectación del principio que juega en sentido contrario, y finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para la materia de contratación estatal demostramos que los principios enfrentados son el interés general como el fin que persiguen los contratos estatales, y el ejercicio de una libertad, como es la libre competencia económica (art. 333 C.P.) y que en conexidad con el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) le permite a los interesados enfrentar a la administración cuando ellos consideran que no hay ninguna razón que restrinja su acceso a presentar un ofrecimiento al poseer las calidades técnicas.

Entonces, para la aplicación del principio de proporcionalidad en estricto sentido se trata de identificar cuál es el principio que se ve afectado, que es el de interés general, por cuanto desde

la perspectiva de este concepto jurídico indeterminado, la Administración Pública cada vez que define quién será el proponente idóneo para garantizar el cumplimiento del contrato, en la medida en que la definición de los criterios de experiencia son, por ejemplo, más altos, las garantías que pueda ofrecer el proponente que posee esta condición mitigan el riesgo de incumplimiento del contrato y por lo tanto, fortalecen el interés general que representa el fin del contrato estatal.

Así, al proponer estas reglas diseñadas por el Estado para proteger el interés general, si es necesario afectarlo es en beneficio del principio contrario. Entonces, en esos términos, proponer reglas que desde la experiencia en obra pública van a afectar el interés general, sería por ejemplo reducir un volumen de facturación equivalente en hasta ocho veces el presupuesto hasta una vez el presupuesto, o dejar de exigir experiencia reciente y solicitar experiencia de los últimos diez años contados a partir del cierre del proceso de selección, o dejar de exigir experiencia solamente en el sector público a pasar a experiencia en el sector público y privado. Y, finalmente, pasar de exigir la experiencia del proponente como persona natural que haya ejercido la profesión de ingeniero durante dieciocho años o exigir que la empresa lleve el mismo término de constituida, a que simplemente se acredite la condición de ingeniero civil con tarjeta profesional vigente o la existencia de la empresa por el periodo de ejecución del contrato y un año más.

Con la afectación del interés general como fin del contrato estatal se genera beneficio para el principio contrario, esto es, el derecho de igualdad y la libre competencia económica, por cuanto al bajar los requisitos de experiencia se promueve la participación y el derecho a presentar ofertas por un número plural de proponentes.

Quedaría por explorar si efectivamente eliminar las barreras que generaban la restricción en la participación pondría en riesgo el interés general como fin del contrato estatal, invalidando el ejercicio de promover la competencia. Como se demostró en este capítulo, de los treinta casos consultados, en catorce de ellos se liquidó el contrato o se suscribió acta de entrega final del proyecto, con lo cual si hay entrega a satisfacción por la entidad estatal se mitiga el riesgo de incumplimiento. En los siguientes catorce casos no hubo ninguna acción de incumplimiento parcial o total, pero por el paso del tiempo, al ser licitaciones de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, ya para esta época estaba vencida la acción de controversias contractuales, con lo cual no

había lugar a demandar el incumplimiento del contrato. Y en dos casos de incumplimiento del contrato no hay referencia que dicho incumplimiento haya sido por falta de idoneidad del contratista.

Lo anterior permite probar que en los casos consultados, a pesar de bajar los barreras para favorecer el derecho de libre competencia en conexidad con el derecho de igualdad, no se puso en riesgo el fin del contrato estatal que es el interés general, de tal manera que es válido que se sacrifiquen el interés general en beneficio de la libre competencia en conexidad con el derecho a la igualdad.

H. Bibliografía

1. Publicaciones

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Revisión Ruth Zimmerling.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. *Modelo de Estado*, *gestión pública*, *regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, reimp. 2008.

Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho*. *Teoría de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n.º 134, 2005.

Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho constitucional*, t. I. 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006.

Balbin, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª ed. actualizada y ampliada, Argentina, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2015.

Barreto, Sebastián. "Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia", *Revista Digital*, n.º 15, Bogotá, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016.

Barak, Aharon. *Proportionality Constitutional Rights and their limitations*, Doron Kalir (trad.), Cambridge University Press, 2012.

Barra, Rodolfo C. *Los actos administrativos contractuales*. *Teoría del acto coaligado*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1989.

Benavides, José Luis. *El contrato estatal*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Bernal Pulido, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales2014.

Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucionalidad*, Serie Tesis, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 1.ª ed. junio de 2009, 1.ª reimp. agosto de 2016.

Correa Henao, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Corvalán, Juan Gustavo. *Derecho Administrativo en transición*. *Reconfiguración de la relación entre la Administración*, *las normas y el Poder Judicial*. Reglas y principios. Discrecionalidad débil y fuerte. Valoración, interpretación y ponderación. Control judicial y políticas públicas, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Editorial Astrea, 2018.

Dalla Via, Alberto R. *Derecho Constitucional Económico*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006.

Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*. *Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 1999.

Dromi, José Roberto. *Licitación pública*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.

Dromi, Roberto. *Licitación pública*, 5.ª ed., Buenos Aires, Madrid, México, Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2017.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, M. Gusastavino (trad.), Barcelona, 1984.

Durão, Pedro. *Licitación pública*. *Parámetro y supranacionalidad*, Lisboa, Editorial Juruá, 2016.

Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, 3.ª reimp., Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis, 1999.

Expósito Vélez, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y el español*. *Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Franco Victoria, Diego. *La Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Universidad Externado de Colombia. 2019

García Alcorta, José. *La limitación de la libertad de empresa en la Competencia*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, Colección Atelier Administrativo, 2008.

García Amado, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

García Amado, Juan Antonio. "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", *Eunomía*, *Revista en Cultura de Legalidad*, n.º 7, septiembre de 2014, febrero de 2015, pp. 6-40, disponible en [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2230/1165].

García Amado, Juan Antonio. "Decidir y argumentar sobre derechos. Jueces y argumentación jurídica", Ciudad de México, Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, Consejo de la Judicatura Federal, Tirant lo Blanch, 2017, disponible en [https://t.co/YOkvyS7Ilu?amp=1], consultada el 11 de febrero de 2018.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Parte general*, 8.ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. *Parte general*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

González Rodríguez, Miguel. *La Contratación Administrativa en Colombia*. *Doctrina y jurisprudencia*, Bogotá, Librerías Jurídicas Wilches, 1990.

González López, Edgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*. *La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Serie 10, Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, junio de 2010.

Julio Estrada, Alexei. *La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional*, Letras Jurídicas, vol. 9 n.º 2. Septiembre de 2004.

Julio Estrada, Alexei. La *eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado, Bogotá, 2000.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*. Universidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales G 20, Roberto J. Vernengo (trad 2.ª ed. en alemán), México 1982.

Herrera Barbosa, Benjamín. *Régimen de Contratación Estatal. Principios de la Contratación Estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Herrera Barbosa, Benjamín. *Contratos públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Machado Pelloni, Fernando M. "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 1, Santiago, 2010, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100006].

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IIIA. *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1970.

Matallana Camacho, Ernesto. *La urgencia manifiesta*. *Aspectos teóricos sustanciales y procesales y los mecanismos de control de la institución*, Tesis de Grado, n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Matallana Camacho, Ernesto. *Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma Ley 80 de 1993*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed. 2005; 2.ª ed. 2009; 3.ª ed. 2013; 4.ª ed. 2016.

Martínez Herrera, Karla Georgina. *Los límites al ejercicio de la libertad de empresa*, Tesis Doctoral, Alicante, diciembre de 2015.

Martínez, Juan Diego y Antonio Leal-Holguín. "Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 19, julio-diciembre de 2011, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Marín Hernández, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Marín Hernández, Hugo Alberto. "Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliegos de condiciones", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Marín Hernández, Hugo Alberto. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Colección Serie Derecho Administrativo 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, noviembre 2018.

Osuna Patiño, Néstor. *Tutela y amparos: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Parejo Alfonso, Luciano. *Manuales*. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Parejo Alfonso. "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la 'crisis' de las prestaciones y los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 153, 2000, pp.

217-250, disponible en [https://dialnet.unirioja.es/servlet/artículo?codigo=17510], consultada el 24 de diciembre de 2017.

Peña Torres, Marisol y Cecilia Rosales Rigol. "El interés público en el constitucionalismo posmoderno", *Revista de Derecho*, XXII, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001.

Prieto Sanchís, Luis. "El juicio de ponderación. Sobre las antinomias y los conflictos constitucionales", en Miguel Carbonell (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Quinche Ramírez, Manuel F. "La Acción de Tutela". Tercera Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2017.

Rivers, Julian. "Proporcionalidad, discrecionalidad y la segunda ley de ponderación", en George Pavlakos. *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, Jorge Portocarrero (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Rodríguez Arana, Jaime. *El interés general*. *Derecho Administrativo y Estado Bienestar*, Madrid, Syntagma Centro de Estudios Estratégicos, Iustel, 2012.

Roemer, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, 2016.

Sabsay, Daniel. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Sabogal Bernal, Luis Fernando. "Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia", *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Safar Díaz, Mónica Sofía. "Contratación pública y corrupción", en Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zarate (eds.). *Corrupción en Colombia*. *Corrupción Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. *Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Serie Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Sayanes Laso, Enrique. *La licitación pública*, Buenos Aires, Editorial Julio Cesar Faría, 2005.

Sánchez Graells, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2.ª ed., Juan Manuel Matallana Camacho (trad.), Oxford y Portland, Hart Publishing, 2015.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Acto Administrativo, t. II, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *El contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf], consultada el 8 de junio de 2018.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. "León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, pp. 43-86, primer semestre de 2011.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Sola, Juan Vicente. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Sotelo, Ignacio. *El Estado social*. *Antecedentes*, *origen*, *desarrollo y declive*, Madrid, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010.

Wunder Hachem, Daniel. *Principio constitucional. Da supremacía do interesse publico*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011.

2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Sentencia T-422 del 19 de junio de 1992. Sala de Revisión integrada por Jaime Sanin Greiffenstein, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-419 del 17 de junio de 1992, M. P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-240 del 23 de junio de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-291 del 22 de junio de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-547 del 1.º de diciembre de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-415 del 22 de septiembre 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-411 del 19 de septiembre de 1994, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-265 del 2 de junio de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-425 del 26 de septiembre de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-524 del 16 de noviembre de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-147 del 17 de abril de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-711 del 9 de diciembre de 1996, M. P.: Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-375 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-624 del 4 de noviembre de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-154 del 28 de abril de 1998, M. P.: Junio Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz y Susana Montes de Echeverry.

Sentencia SU-182 del 6 de mayo de 1998, M. P.: Junio Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-579 del 11 de agosto de 1999, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-1262 del 20 de septiembre de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-1514 del 8 de noviembre de 2000, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000, M. P.: Alejandro Martínez.

Sentencia C-697 del 14 de junio de 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-615 del 8 de agosto de 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-724 del 20 de agosto de 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

Sentencia SU-713 del 23 de agosto de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-720 del 11 de septiembre de 2007, M. P.: Catalina Botero.

Sentencia C-1125 del 12 de noviembre de 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-862 del 3 de septiembre de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-068 del 10 de febrero de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-403 del 27 de mayo de 2010, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-228 del 24 de marzo de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-595 del 20 de agosto de 2014, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-032 del 25 de 2017, M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

3. Jurisprudencia del Consejo de Estado

Sentencia del 27 de abril 27 de 2011, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, expediente 18.293.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 14 de abril de 1986, M. P.: Eduardo Suescún Monroy; citada en él Código Contencioso Administrativo, Legis, § 3283.

Sentencia del 22 de julio de 1996, expediente 10313. C. P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Sentencia del 31 de octubre de 2007, radicación n.º 15475.

Sentencia del 5 de junio de 2008, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, expediente n.º 8431.

Sentencia 2010-00036 del 14 de febrero de 2012, C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 38.924.

Sentencia del 27 de abril de 2016, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 46.818.

Sentencia del 26 de febrero de 2018, expediente 41198.

Sentencia del 1.º de marzo de 2018, expediente 38711.

4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal

Sentencia del 28 de noviembre de 2007, expediente 26857.

Sentencia del 12 de junio de 2013, expediente 35560.

5. Páginas de Internet (consultadas el 14 de enero de 2018)

Acuerdo sobre contratación pública, Organización Mundial del Comercio, disponible en [https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf].

Acuerdo suscrito entre Colombia y Costa Rica, 2015, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 2014, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur, 2014, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión. Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia, Perú y la Unión Europea, 2013, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio Suscrito Entre Estados Unidos y Colombia, 2012, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co], y [http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y AELC, 2010, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, 2009, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión. Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co], yu [http://www.tlc.gov.co/publicaciones/16157/acuerdo_de_promocion_comercial_entre_la_republica_de_colombia_y_canada].

Acuerdo de Libre Comercio Triángulo del Norte, 2008, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, dsisponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile, 2008, portal oficial de los Acuerdos

Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y México, 1994, portal oficial de los Acuerdos Comerciales de Inversión, Ministerio de Comercio Exterior de Colombia, disponible en [http://www.tlc.gov.co].

Acuerdo sobre Contratación Pública. Organización Mundial de Comercio, disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm].

Acuerdo sobre Contratación Pública. Organización Mundial de Comercio, Texto del Acuerdo, disponible en [https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_1994_s.htm].

ARJONA TRUJILLO, ANA MARÍA y MAURICIO RUBIO PARDO. "El análisis económico del derecho", disponible en [https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf], consultada el 17 de junio de 2018.

CARRERAS, MERCEDES. "El Óptimo de Pareto frente al Utilitarismo", disponible en [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/5618/pg_129-141_telos1-2.pdf?sequence=1], consultada el 18 de marzo de 2018.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, emitido en Estrasburgo el 3 de octubre de 2017 por la Comisión Europea de la Unión Europea, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32017H1805].

Definición de *prima facie*, Enciclopedia Jurídica, disponible en [http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/prima-facie/prima-facie.htm].

"Definiciones de Universo y muestra", Cristina Ludewig Universidad Centrooccidental Lisando Alvarado, Lara, Venezuela, disponible en [http://www.smo.edu.mx/colegiados/apoyos/muestreo.pdf] y [https://ve.linkedin.com/in/carmen-cristina-ludewig-de-montilva-a86174112].

KUHT, THOMAS. "Paradigma e inconmesurabilidad", 30 de septiembre de 2009, disponible en [http://kuhnthomas.blogspot.es/1254271742/paradigma-e-inconmensurabilidad/].

"Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe", Secretaría Permanente del SELA Caracas, septiembre de 2014, Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, dsiponible en [http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2014/14876.pdf].

"Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, disponible en

[http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf].

LIFANTE VIDAL, ISABEL. *Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conduct y diligencia en el Derecho.* Universidad de Alicante, pág. 1 – 19. https://www.academia.edu/39211507/Sobre_los_conceptos_jur%C3%ADdicos_indeterminados._Las_pautas_de_conducta_y_diligencia_en_el_Derecho. (Consulta 29 de Mayo de 2019)

"Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", disponible en [www.contratos.gov.co], o [www.colombiacompra.gov.co] y [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf].

OCDE. "Recomendación del Consejo sobre contratación pública", disponible en [https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf].

OCHOA, CARLOS. "¿Qué tamaño de muestra necesito?", 11 de noviembre 2013, disponible en [http://www.netquest.com/blog/es/que-tamano-de-muestra-necesito/].

Portal Real Academia de la Lengua Española [http://lema.rae.es/drae/?val=ayuntamiento].

Portal Oficial Banco Interamericano de Desarrollo (BID), [www.iadb.org].

"¿Qué es Producto Interno Bruto (PIB)?, disponible en [http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-producto-interno-bruto-pib].

Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) [www.contratos.gov.co].

Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). SECOP II, disponible en [https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE.

"Valores a partir de los cuales son aplicables los acuerdos comerciales", disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/secop-i/valores-partir-de-los-cuales-son-aplicables-los-acuerdos-comerciales].

VALLEJO MOLINA, JUAN PABLO. "Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia", Universidad Nacional, *Revista Pensamiento Jurídico* n.º 46, diciembre de 2017, pp. 153-168, disponible en [https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/view/4751/showToc], consultada el 11 de julio de 2018.

[https://www.um.es/docencia/pherrero/mathis/pitagoras/teorema.htm], consultada 18 de marzo de 2018.

6. Publicaciones medios de prensa

"Corrupción pone en riesgo la calificación de las economías", *El Tiempo*, 4 de diciembre de 2017.

"Derechos humanos y corrupción. En ambas esferas la solución es supranacional", *El País*, 8 de octubre de 2017, disponible en [https://elpais.com/internacional/2017/10/08/america/1507430823_365993.html].

"Gobierno ya sabía de turbios manejos con plata de cárceles", *El Tiempo*, 13 de octubre de 2017disponible en [http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/gobierno-ya-sabia-de-turbios-manejos-con-dinero-de-uspec-141046.

La Silla Vacía. "La contratación con 'Lucho': pocos oferentes, mínimo ahorro, atrasos y sobrecostos", Manolo Azuero e Irina Isabel Yusseff Mujica, 6 de septiembre de 2015, disponible en [http://lasillavacia.com/historia/el-gobierno-de-lucho-pocos-oferentes-minimo-ahorro-atrasos-y-sobrecostos-51352].

"La infraestructura ya tiene las bases para impulsar el crecimiento del país". *El Tiempo*, domingo 29 de noviembre de 2015, p. 27. Edición impresa.

"¿Qué hay detrás de los enredos en la contratación en Colombia?", Red Medios Colprensa y Unidad Investigativa de *El País*, disponible en [http://m.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/hay-detras-enredos-contratacion-colombia].

Semana. "¿Por qué van a juicio tres fichas claves de Odebrecht?", 14 de abril de 2017.

Semana. "La fiscalía acusó a Otto Bula a Enrique Ghisays y a Gabriel García" [http://www.semana.com/nacion/artículo/la-fiscalia-acuso-a-otto-bula-a-enrique-ghisays-y-a-gabriel-garcia/520420

7. Gacetas

Gaceta del Congreso, n.º 75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de Ley n.º 149 de 1992 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Gaceta del Congreso. n.º 458 del 1.º de agosto de 2005. Proyecto de Ley Numero 20 de 2005 Senado "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

Gaceta del Congreso, n.º 75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de Ley n.º 149 de 1992 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" , p. 11.