

ERNESTO

MATALLANA CAMACHO

LA LICITACIÓN PÚBLICA

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA SELECCIÓN OBJETIVA DE CONTRATISTAS

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 CUANDO SE TRATA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Matallana Camacho, Ernesto

La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas. 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 cuando se trata de la licitación pública / Ernesto Matallana Camacho. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
576 páginas : ilustraciones, gráficas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 557-573) e índice.

ISBN: 9789587906660

1. Licitaciones – Colombia 2. Contratos públicos – Colombia 3. Adjudicación de contratos – Colombia 4. Principio de proporcionalidad (Derecho constitucional) — Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título

344 SCDD 21

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca.

septiembre de 2021

ISBN 978-958-790-666-0

© 2021, ERNESTO MATA LLANA CAMACHO

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S. A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

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 hechos¹.
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, harán³.
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

Las empresas electorales que financian campañas políticas para funcionarios públicos de elección popular, al acudir a prácticas ilegales, como la compra de votos, incrementan los costos de dichas campañas, con lo cual, para recuperar su inversión se toman los recursos del presupuesto público en detrimento de la libre competencia, el derecho a la igualdad y el interés general.
EL AUTOR

-
- 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+derecho+administrativo&hl=es-419&sa=X&ved=oahUKEwiHwtyisuxsahUF7SYKHYYJCZU4HhDoAQg7MAU#v=onepage&q&f=false].

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos en primer lugar al doctor Fernando Hinestrosa, con la autorización del doctor Alberto Montaña, el otorgamiento de la beca para iniciar los estudios del doctorado, y luego el apoyo del actual rector, Juan Carlos Henao, y del doctor Jorge Iván Rincón, Director del Departamento de Derecho Administrativo, para culminar los estudios. Aprecio la asesoría de cada uno de los docentes del programa que con sus recomendaciones permitieron ajustar el proyecto de investigación, pero en especial 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. Una mención especial a mis jurados doctores Magdalena Correa Henao, Juan Carlos Expósito Vélez, Hugo Marín Hernández, Manuel F. Quinche Ramírez y Miguel Alejandro Malagón Pinzón, quienes tuvieron a bien presentar justificadas críticas a mi tesis doctoral, las cuales quedaron incorporadas en esta publicación, y le otorgaron la más alta calificación, a ellos un agradecimiento infinito.

De igual manera a Juan Manuel Matallana, quien ayudó a procesar la información del trabajo de campo, un trabajo extenuante que se ve reflejado en el primer capítulo de este libro, y las traducciones que en algún momento se hicieron necesarias. Finalmente, un reconocimiento a Jaime Mosquera Mosquera estudiante de último año de derecho, quien apoyó la búsqueda de artículos de revistas y libros inter bibliotecas, grano de arena importante para los que somos investigadores.

Dedico este trabajo de investigación a mi madre, que vio en la educación nuestro proyecto de vida y siempre lo impulsó, a Yohaira mi esposa, y a mis hijas María del Rosario y Mariapaz, que son mi razón de vivir.

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	23
1. Problema de la investigación	24
CAPÍTULO I. TRABAJO DE CAMPO. ANÁLISIS DE 250 LICITACIONES DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA REALIZADAS ENTRE 2012 Y 2015	31
1. Análisis de casos para verificar el nivel de concurrencia en licitaciones públicas de obra pública	33
a. Introducción	33
b. Análisis Económico del Derecho	41
c. Análisis de 250 licitaciones de obra pública de más de \$1.000 millones entre los años 2012 y 2015	55
d. Indicadores	57
1. Libertad de concurrencia	57
2. Beneficio económico	57
a. Análisis de un caso relacionado con un ofrecimiento sin beneficio económico	57
b. Análisis de dos casos relacionados con un ofrecimiento que garantiza el beneficio económico	60
c. Conclusiones frente al análisis del beneficio económico	62
e. Reglas de prevalencia condicionada que surgen de la aplicación del principio de proporcionalidad	67
1. Valor de la facturación asociada a la experiencia hasta una vez el presupuesto oficial	67
2. Acreditación de mínimo diez años de experiencia hacia atrás contados a partir del cierre del proceso de selección	70
3. Exigencia de experiencia de obras iguales o similares que incluya tanto el sector público como el privado	72
4. Exigencia de experiencia de obras iguales o similares de manera global	73
5. Exigencia de existencia como persona natural o jurídica en número sin años de experiencia bajo el concepto de experiencia probable	76
6. Clasificación de la experiencia del Registro Único de Proponentes adecuada a la naturaleza del contrato	78
f. La sustentación de las medidas que reflejan el criterio de experiencia en obra pública que garantice la libertad de competencia	82

1. Garantía por estabilidad de la obra en la celebración de contratos de obra pública	83
2. Garantía por vicios ocultos en la construcción de obra civil a precio único, o la garantía de estabilidad de la obra pública	84
3. Responsabilidad civil de los contratistas	85
4. Normas técnicas	85
5. Observaciones de los interesados a los pliegos de condiciones	86
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	87
7. El impacto de los tratados de integración no vinculantes y vinculantes para Colombia, las convenciones y los acuerdos comerciales en la contratación pública	88
8. Ley 1882 del 15 de enero de 2018 sobre la exigencia de experiencia en los sectores público y privado	90
9. Ejemplos de procesos de selección donde se garantizó la libertad de competencia económica	91
a. Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil	91
b. Municipio de Medellín (Antioquia)	92
c. Instituto Nacional de Vías	92
d. Municipio de Bucaramanga (Santander)	93
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	93
g. Conclusiones respecto del trabajo de análisis de casos elaborado para demostrar la violación del derecho de igualdad en conexidad con la libre concurrencia	94

CAPÍTULO 2. LA LICITACIÓN PÚBLICA. REGLA GENERAL PARA SELECCIONAR A LOS CONTRATISTAS

1. Introducción	97
2. Concepto de licitación pública	99
3. Etapas de la licitación pública	105
a. Calificación de la conveniencia del objeto a contratar	107
b. Estudios previos	108
c. Disponibilidad de recursos públicos	111
d. Publicidad de la licitación pública	112
e. Plazo para preparar y presentar propuestas y las audiencias públicas de aclaraciones y discusión de riesgos del contrato estatal	113
f. Recepción de ofertas. Evaluación de ofertas. Principio de subsanación. Propuesta artificialmente baja.	117
g. Adjudicación del proceso de licitación en audiencia pública	129

4. Los pliegos de condiciones como instrumento para fijar las reglas de participación en la licitación pública	134
a. La elaboración de pliegos de condiciones supone el desarrollo de una competencia discrecional	140
b. Los documentos tipo como regulación legal y reglamentaria	161
c. Tratados de libre comercio suscritos por el Estado colombiano y otros países, y su incidencia en los pliegos de condiciones	166
d. Sistemas normativos internacionales sobre contratación pública	172
5. Conclusiones	179
CAPÍTULO 3. 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	183
2. La prevalencia del interés general sobre el interés particular dentro del concepto de Estado social de derecho	185
3. 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	187
4. El interés general como concepto jurídico indeterminado y fin en el Estado social de derecho	192
5. El interés general en el contrato estatal	207
a. Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional para la construcción del concepto de interés general	223
6. Conclusiones	231
CAPÍTULO 4. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA	
1. Introducción	244
2. El concepto de libre competencia económica	251
3. La doble naturaleza jurídica de la libre competencia económica	251
a. La libre competencia como derecho objetivo	262
b. La libre competencia como derecho subjetivo	262
c. Reflexiones finales respecto de la libre competencia en la contratación pública por Albert Sánchez Graells	265
d. La acción de tutela en materia de contratación estatal	295
4. El juicio integrado de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	301
5. Conclusiones	311
	335

CAPÍTULO 5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA ARMONIZAR EL INTERÉS GENERAL Y LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	343
1. Introducción	345
2. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo	370
a. Principio de adecuación	381
b. Principio de intervención mínima	384
c. El principio de proporcionalidad en estricto sentido	388
d. La defensa de Robert Alexy a las objeciones que le han planteado a su teoría	389
3. Reflexiones finales sobre el principio de proporcionalidad de Julian Rivers	399
a. Subprincipio de necesidad	399
b. El subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido	403
4. Primera casuística en procesos de selección por licitación pública sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy	405
a. Juicio integrado de igualdad	407
b. Que la medida sea adecuada y, por lo tanto, que constituya un fin constitucionalmente válido	411
5. Segunda casuística en procesos de selección por licitación sometida al ejemplo sobre el juicio de proporcionalidad en Robert Alexy	417
a. Principio de adecuación. Fin constitucionalmente válido	420
b. El trato diferenciado solo se justificaría si fuera necesario para conseguir un fin constitucionalmente legítimo	422
6. Casos en los que no es necesario aplicar el principio de proporcionalidad por prohibiciones y autorizaciones del legislador o creación jurisprudencial	423
a. Introducción	423
b. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la ley de contratación	424
c. Protección de la industria local frente a la libertad de competencia de las personas extranjeras sin domicilio en Colombia	435
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	438
e. Promoción del desarrollo en la contratación pública. Normas de privilegio para Mipymes	441

f. Acciones positivas para sujetos de protección constitucional especial como la población discapacitada	447
g. Creación de empresas industriales y comerciales del Estado con restricción de libre competencia económica	450
h. Inhabilidades para presentar propuestas por un sector de la economía en el régimen de telecomunicaciones	453
i. Acciones afirmativas para proteger el derecho a la igualdad y la libre competencia económica propuestas por la Corte Constitucional	458
1. Posiciones doctrinales frente a las acciones afirmativas	458
2. Posiciones jurisprudenciales frente a las acciones afirmativas	461
7. Conclusiones	468
 CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES DE ESTA INVESTIGACIÓN	477
1. Caja de Vivienda Popular (Distrito Capital)	523
2. Instituto Nacional de Vías	524
3. Aeronáutica Civil	525
4. Secretaría de Educación del Distrito Capital	526
5. Gobernación de Santander	527
6. Municipio de Armenia (Quindío)	528
7. Municipio de Medellín (Antioquia)	528
8. Secretaría de Integración Social del Distrito Capital	529
9. Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Capital (IDU)	531
10. Unidad de Mantenimiento Vial del Distrito Capital	532
11. Gobernación de Nariño	533
12. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá	534
13. Gobernación del Valle del Cauca	535
14. Municipio de Sesquilé (Cundinamarca)	536
15. Municipio de Duitama (Boyacá)	537
16. Metrolínea (Santander)	538
17. Metrocali (Valle del Cauca)	539
18. Municipio de Manaure (Guajira)	541
19. Municipio de Zona Bananera (Magdalena)	541
20. Fondo Financiero del Distrito Capital	542
21. Municipio de Envigado (Antioquia)	543
22. Gobernación de Antioquia	544
23. Biblioteca Piloto de Medellín (Antioquia)	545
24. Consejo Superior de la Judicatura	546
25. Fuerza Aérea Colombiana	547
26. Inder-Medellín	547
27. Policía Nacional	548
28. Municipio de El Zulia (Norte de Santander)	549

29. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses	550
30. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	551

BIBLIOGRAFÍA	557
1. Publicaciones	557
2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	564
3. Jurisprudencia del Consejo de Estado	567
4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal	569
5. Páginas de Internet (consultadas el 14 de enero de 2018)	569
6. Publicaciones medios de prensa	572
7. Gacetas	573

ÍNDICE TEMÁTICO	575
-----------------	-----

Me causa gran alegría, no solo académica, sino también personal, escribir el prólogo de esta obra, que corresponde a la tesis doctoral de Ernesto Matallana Camacho, compañero de mis años de estudiante en la Universidad Externado de Colombia, y amigo desde ese entonces, a quien me correspondió acompañar en el proceso de elaboración de este trabajo académico, en el papel de director de tesis doctoral.

En este caso, como con frecuencia ocurre en las tesis doctorales, el en ese entonces doctorando, superaba ampliamente en conocimientos al director en la materia objeto de estudio, pues durante toda su vida profesional y académica el profesor Matallana Camacho se ha dedicado a examinar la contratación estatal y esta obra es un fiel reflejo de sus amplios conocimientos, al igual que de su extensa experiencia en dicha área.

Como también es un reflejo de una de sus principales preocupaciones académicas y personales: la corrupción en la contratación estatal. En este caso la corrupción en los procesos de selección de contratistas, una de cuyas manifestaciones es la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas aparentemente protectoras del interés general, pero que en definitiva obedecen a la intención de reducir las libertades económicas, en especial la libre competencia, y de ese modo dirigir los procesos de licitación pública.

El autor aborda un interesante problema que hasta ahora no había sido objeto de un estudio profundo, al menos en el ámbito nacional, el cual a su vez pone a dialogar la filosofía del derecho, el derecho constitucional y el derecho administrativo. Pues muchas veces estas cláusulas se justifican en el principio de interés general, en virtud del cual parecería razonable imponer condiciones a los oferentes muy superiores a las realmente requeridas para cumplir el objeto de la contratación, pues así parecería garantizarse de mejor manera el interés público y otros bienes constitucionalmente relevantes que busca atender el proceso de contratación.

No obstante, como bien demuestra el autor, la aparente finalidad legítima que persiguen este tipo de cláusulas, no solo supone una restricción desproporcionada a la libre competencia, sino que muchas veces obedece a prácticas corruptas que buscan a excluir a determinados oferentes, y beneficiar a otros, en detrimento de los principios de igualdad y transparencia que debe caracterizar los procesos de selección.

Pero esta problemática a su vez nos adentra en otra área de indudable relevancia en el campo de la contratación estatal, la discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones. Mientras la discrecionalidad de la Administración ha sido objeto de eruditos estudios en la academia colombiana, donde se destaca especialmente la monumental obra de Hugo Marín, hasta ahora no se había examinado de manera detenida una de las áreas donde cobra más relevancia práctica: la elaboración de los pliegos de condiciones en los procesos de licitación pública.

Mientras que la licitación pública fue concebida precisamente como un mecanismo para reducir la discrecionalidad administrativa, y esa es precisamente la idea que guía los procesos de *selección objetiva* de contratistas, todavía queda un amplio reducto de discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones, el cual puede ser aprovechado para condicionar todo el proceso de selección, de tal manera que los restantes mecanismos previstos para garantizar la igualdad de los oferentes resulten inútiles porque el proceso se definió antes de su inicio, precisamente al introducir en los pliegos de condiciones requisitos que solo pueden cumplir determinados contratistas.

El autor recurre al principio de proporcionalidad como una herramienta que permite dirimir las eventuales colisiones entre el interés general y la libre competencia, a la vez que reduce el margen de discrecionalidad estatal en la elaboración de los pliegos de condiciones. Se trata de un mecanismo ampliamente empleado por la doctrina constitucionalista, particularmente para solucionar colisiones entre derechos fundamentales pero cuyo uso se ha ido extendiendo a otras áreas del derecho, especialmente el derecho administrativo. Y aunque su uso no está exento de críticas y controversias, en todo caso puede tener relevancia práctica para controlar el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración en la elaboración de los pliegos de condiciones.

No quiero finalizar este prólogo sin dejar de destacar el importante trabajo de campo que realizó el autor, el cual evaluó más de doscientas cincuenta licitaciones públicas en todo el país, destacándose el periodo 2012 a 2015, pero sin dejar de lado el análisis de otras licitaciones más recientes. Este ejercicio le permitió no solo identificar el problema de estudio, sino que también le sirvió para validar su hipótesis y verificar la utilidad práctica de su propuesta de solución. En esa medida esta obra combina de forma especialmente afortunada el mérito académico con la relevancia práctica.

Alexei Julio Estrada

RESUMEN

La presente investigación parte de reconocer un problema asociado a las prácticas de la Administración pública en uno de los componentes de la función administrativa como es la contratación estatal. En el campo de la selección objetiva de los contratistas se encuentra el procedimiento de licitación pública, teniendo como uno de sus elementos esenciales la garantía de la libre concurrencia y la preservación del derecho de igualdad. Para revisar el cumplimiento de estas garantías constitucionales se evaluaron 250 licitaciones públicas para contratos de obra superiores a \$1.000 millones entre 2012 y 2015, tomando el 20% de los municipios de cada Departamento que integra el territorio de Colombia, y otras tantas licitaciones de la Nación. En cada procedimiento de selección se consultó el número de participantes o proponentes y el beneficio económico, lo que dio como resultado que un 80% solo contaba con uno o máximo dos proponentes, y con un bajo o nulo descuento a favor de la entidad estatal.

En esos términos, se plantea como problema de investigación encontrar las razones jurídicas que le permiten a las entidades estatales restringir el derecho de participación invocando el interés general, y se formula la hipótesis de que, como derecho constitucional, el ejercicio de la libre competencia, en conexidad con el derecho de igualdad, solo admite restricciones en la licitación pública para adjudicar contratos cuando las mismas sean legítimas y proporcionales, y si los medios utilizados por el Estado en sus competencias discrecionales tienen como propósito proteger y preservar el fin del contrato estatal, que es el interés general. Inicialmente se propone abordar el concepto de licitación pública como un procedimiento de selección de contratistas que, adicionalmente a las categorías de libre concurrencia e igualdad, está irradiado por el principio de proporcionalidad, y se analiza la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones como acto administrativo de carácter general que contiene las reglas de participación y las condiciones técnicas que debe cumplir el futuro contratista dentro del desarrollo de sus competencias regladas y discrecionales, así como sus consecuencias jurídicas.

Para poder desarrollar el principio de proporcionalidad como concepto jurídico que influye tanto la licitación pública como el contenido de las reglas de participación en los pliegos de condiciones, es necesario identificar y definir cuáles son los principios constitucionales que se ven enfrentados o en colisión, entre ellos el interés general, concepto jurídico indeterminado

que persigue el contrato estatal, y criterio final que debe buscar el servidor público al momento de diseñar los requisitos que deben cumplir los interesados en presentar una propuesta al Estado. Cuando el Estado promueve el interés general como principio asociado a la función administrativa afecta o restringe otro principio constitucional que corresponde al derecho de los ciudadanos cuando se interesan por contratar con las entidades estatales, es decir, el derecho constitucional no fundamental a la libre competencia, que se transforma en derecho fundamental cuando actúa en relación o conexidad con el derecho de igualdad. La identificación de los principios en colisión nos permite aplicar el test de proporcionalidad, pero para ello, antes de abordar este concepto jurídico, se propone demostrar el juicio integrado de igualdad entre aquellos proponentes a los que la entidad estatal les permite presentar propuestas con las reglas de participación predispuestas, y aquellos otros que, demostrando poseer las calidades técnicas, jurídicas, administrativas y financieras son discriminados por dichas reglas predispuestas que no les permiten presentar su ofrecimiento a pesar de ser idóneos para cumplir con el objeto del contrato.

Al identificar el grupo de interesados que están en una situación de exclusión y compararlo con aquellos que pueden presentar oferta, sometemos las reglas de participación a un test de proporcionalidad: en el criterio de adecuación, como el sometimiento de la medida al cumplimiento de un fin constitucionalmente válido, que para el contrato es el interés general, y que se materializa con la identificación del objeto a contratar y la definición del perfil del proponente cuyos requisitos debe cumplir para garantizar el cumplimiento del contrato; luego en el criterio de necesidad, al evaluar si la medida tomada por la Administración pública es la única posible para restringir el ejercicio de un derecho fundamental, o si eventualmente habría otras medidas menos restrictivas que garanticen el cumplimiento del fin perseguido por la entidad estatal y el ejercicio del derecho fundamental; y finalmente, al evaluar si la medida es proporcional en estricto sentido aplicando para ello la premisa de que el sacrificio de un principio debe ser beneficio del principio contrario.

La conclusión de la investigación frente a la pregunta de cuáles son las razones jurídicas que reflejan la baja participación en las 250 licitaciones públicas consultadas es que se debió a la consagración de reglas de participación abusivas y discriminatorias, cuya justificación no era suficiente para restringir el ejercicio del derecho constitucional de libre competencia económica en

conexidad con el derecho de igualdad. Si bien las reglas de participación definidas por las entidades estatales cumplían con el fin constitucionalmente válido del interés general, es decir, los proponentes que observaban esas reglas eran idóneos para garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, al someter dichas reglas de participación contenidas en los pliegos de condiciones al principio de proporcionalidad no eran las únicas medidas posibles para proteger dicho principio, pues había otras reglas menos restrictivas de la libre competencia que garantizaban que esos otros proponentes también eran idóneos para llevar a buen término el contrato, facilitando con ello una mayor pluralidad de oferentes en favorecimiento del derecho mencionado de libre competencia en conexidad con la igualdad de oportunidades.

Finalmente, se analizaron las 30 licitaciones que facilitaron la participación para demostrar que, a pesar de sacrificar el interés general propiciando un beneficio a la libre competencia y al derecho de igualdad con una mayor participación de proponentes, no se generaron incumplimientos en la ejecución y liquidación del contrato, validando la aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos de convocatoria pública en la contratación estatal.

PALABRAS CLAVE

Licitación Pública; pliegos de condiciones; interés general; discrecionalidad administrativa; libre competencia económica; juicio integrado de igualdad; principio de proporcionalidad; adecuación; necesidad; proporcionalidad en estricto sentido.

ABSTRACT

The objective selection of contractors, in a public contracting process, has as its essential elements the constitutional guarantees of free competition and the preservation of the right to equality. The objective selection of contractors is part of the state contracting procedures, this being a component of the administrative function, and in turn being a practice of the Public Administration. The present investigation starts from identifying and recognizing a problem related to the fulfillment of these constitutional guarantees during the realization of this stage of contracting. To verify compliance with these constitutional guarantees, a sample was taken of 250 public tenders to be

awarded, of work contracts exceeding one billion Colombian pesos between 2012 and 2015, which correspond to twenty percent (20%) of the municipalities for each Department of the Republic (of Colombia), in addition to many other tenders from the Nation. For each of these bidding processes, in their objective selection stage of the contractors, the number of participants or bidders and the economic benefit were consulted, resulting in that eighty percent (80%) of these only counted as maximum up to two bidders and a low level or no discount in favor of the state entity. Under these preliminary results obtained, a research problem arises: finding the legal reasons that allow state entities to restrict the right of participation invoking the general interest. It is hypothesized that the exercise of free competition as a constitutional right in connection with the right to equality only admits restrictions in public bidding to award contracts, when they are legitimate and proportional if the means used by the State in its discretionary powers they are intended to protect and preserve the purpose of the state contract as is the general interest. Initially, it is proposed to address in the public tender, the contractor selection procedure where, in addition to the categories of free competition and equality, there is the principle of proportionality. For this, the legal nature of the specifications is analyzed as a general administrative act that contains the participation rules and the technical conditions that the future contractor must fulfill within the development of its regulated and discretionary powers and its legal consequences. In order to develop the principle of proportionality as a legal concept, which influences both public bidding and the content of the specifications in its participation rules, it forces us to identify and define which are the constitutional principles that are confronted or in collision. One of these is the general interest as an undetermined legal concept, which is the purpose of the state contract and the final criterion that the public servant must pursue when designing the requirements that those interested must meet in presenting a proposal to the State. When the State promotes the general interest as a principle associated with the administrative function, it affects or restricts another constitutional principle and it is the exercise that citizens exercise when they are interested in contracting with state entities and it is the non-fundamental constitutional right to free competition and that it becomes a fundamental right when it acts in relation or connectedness with the right of equality. Once the principles that are in collision have been identified and before addressing this legal concept, it is allowed to apply the proportionality test in which it is

proposed to demonstrate the integrated judgment of equality among those proponents in which the state entity allows the presentation of proposals with the predisposed participation rules, and those other proponents who are discriminated against, demonstrating to possess the technical, legal, administrative and financial qualities by said predisposed rules and which does not allow them to present the offer despite being suitable to fulfill the purpose of the contract. By being able to identify the group of stakeholders who are in a situation of exclusion compared to those who can submit an offer, the participation rules are subjected to a proportionality test. In the adequacy criteria such as the submission of the measure to the fulfillment of a constitutionally valid purpose that for the contract is the general interest, and which materializes with the identification of the object to be contracted and the definition of the profile of the proponent whose requirements must be met to guarantee the fulfillment of the contract. Then the criterion of necessity when evaluating if the measure taken by the public administration is the only possible measure to restrict the exercise of a fundamental right or if eventually there would be other less restrictive measures that guarantee the fulfillment of the purpose pursued by the state entity and the exercise of the fundamental right; To finally assess whether the measure is proportional in the strict sense, applying the premise that the sacrifice of a principle must be a benefit of the opposite principle. The conclusion of the investigation to the question regarding which are the legal reasons that reflect the low participation in the 250 public tenders consulted was due to the consecration of abusive and discriminatory participation rules whose justification was not sufficient to restrict the exercise of constitutional law. of free economic competition in connection with the right to equality. Although the participation rules defined by the state entities fulfilled the constitutionally valid purpose such as the general interest, that is, the proponents who complied with these rules were suitable to guarantee compliance with the object of the contract, by submitting said participation rules contained in the specifications to the principle of proportionality, it was observed that they were not the only possible measures to protect this principle, and on the contrary we found that there were other less restrictive rules of free competition that continued to guarantee that these other proponents were also suitable to guarantee the fulfillment of the contract, and therefore, facilitating a greater plurality of bidders, favoring the aforementioned right of free competition in connection with equal opportunities. Finally, the 30 tenders that facilitated the

participation taken from the field work were analyzed to demonstrate that despite sacrificing the general interest by promoting a benefit to free competition and equal rights with a greater participation of bidders, it did not generate breaches of the contract in the execution and liquidation thereof, validating the application of the principle of proportionality in public call processes in state contracting.

KEY WORDS

Public Tender; Specifications; General interest; Administrative discretion; Free economic competition; Integrated judgment of equality; principle of proportionality; Adequacy; Necessity; Proportionality in the strict sense.

Este libro corresponde a la conclusiones de mi tesis doctoral que inicié con la promoción del año 2011 en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y titulada “El principio de proporcionalidad en la contratación estatal”, la cual fue dirigida por el doctor Alexei Julio Estrada y defendida ante los doctores Magdalena Correa Henao, Juan Carlos Expósito Vélez, Hugo Marín Hernández, Manuel F. Quinche Ramírez y Miguel Alejandro Malagón Pinzón, a quienes de antemano agradezco su tiempo y dedicación a la lectura y aprobación y máxima calificación *Summa Cum Laude*, el mayor logro al que puede aspirar un estudiante de este nivel.

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 selecciona 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 deben 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 convocatoria puedan presentar oferta todos aquellos que ostenten esta condición de idoneidad y experiencia, y así lo expone la doctrina como a continuación se reseña.

I. PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con lo expuesto, una situación jurídica más satisfactoria y razonable sería que los pliegos de condiciones contaran con reglas objetivas, justas, claras y completas, en las que 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* (arts. 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 conveniente 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 las 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. Un estudio adelantado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros⁴ indica que de 1.122 municipios de Colombia, solo cinco muestran que sus licitaciones públicas reciben más de diez oferentes. Diana María Espinosa Bula, presidenta del gremio, señala que los pliegos

4 Cfr. “¿Qué hay detrás de los enredos en la contratación en Colombia?”, El País.com.co, Noticias del Valle, disponible en [<http://m.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/hay-detras-enredos-contratacion-colombia>].

de las licitaciones de gobernaciones y alcaldías son complicados, dirigidos, incluso amañados, de forma que solo 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.

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 solo licitante para los municipios se amplió al 96% de todos los casos donde la entidad estatal fuera un municipio y para los departamentos hasta el 76%⁵ de todos los casos en los cuales la selección la efectuaba un departamento.

En un artículo⁶ publicado por el noticiero Noticias 1 del Canal 1 se informó de la situación de corrupción en Colombia de acuerdo con el informe de Transparencia por Colombia en los 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 Cfr. Informe del 19 de mayo de 2019, disponible en [<https://canal1.com.co/noticias/alarmante-corrupton-en-el-pais-roban-mil-millones-de-pesos-cada-hora/>], 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 lo copa la contratación pública, en especial de obras de infraestructura, con un 69% en el nivel municipal y un 25% en el nivel departamental.

Proponemos 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?

Se tratará de demostrar que 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 solo admite restricciones legítimas y proporcionales cuando hayan sido estipuladas 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.

Inicialmente abordaremos la investigación desde la óptica del Análisis Económico del Derecho, mostrando los resultados de 250 licitaciones públicas para la adjudicación de contratos de obra de más de \$1.000 millones entre

los años 2012 y 2015, y la evaluación del cumplimiento de las licitaciones públicas que demostraron libre concurrencia.

Luego la investigación avanzará desde el punto de vista del tratamiento doctrinal de la licitación pública para concretar las categorías constitucionales que la gobiernan; luego se pasará a exponer la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, acto administrativo general con el cual se adelanta la licitación pública, y se revisará 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 concurrencia, pluralidad, etc.), corresponde desarrollar el derecho a la libre competencia económica, su alcance, sus limitaciones, su naturaleza jurídica y las competencias del legislador tanto para regularlo como para limitarlo y, lo más importante, su conexidad con el derecho a la igualdad de oportunidades.

Al 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, con el fin 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 solo 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.

