

**LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES EN LA
ESTRUCTURACION DE LOS PLIEGOS TIPO EN OBRAS DE INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE**

Fernando Ladino Miranda

Maritza Orjuela Narváez



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Facultad de Derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2023

Tabla de contenido

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Estado del Arte.....	6
Definición del tema.....	6
Problema Inicial	6
Pregunta	7
Hipótesis	7
Objetivos.....	7
Objetivos Generales	7
Objetivos Específicos.....	7
Capítulo I	8
Principio De La Proporcionalidad En La Selección Objetiva De Oferentes Contratación Estatal colombiana.....	8
Antecedentes	8
Discrecionalidad Por Parte De La Entidades En La Elaboración De Pliego Tipo.....	11
Análisis De La Comparación De Las Licitaciones Del Invías Lp-Do-Srn-039-2019 Y Lp-Do-Srn-025-2021	12
Tabla 1 <i>Cuadro Comparativo de Licitaciones Tipo Pliego</i>	14
Capitulo II.....	15
Perspectiva Del Principio De Proporcionalidad En La Aplicación De La Selección Objetiva En La Contratación Estatal Colombiana	15
Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Jurisprudencia Colombiana Corte Constitucional	16

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Jurisprudencia Colombiana	
Consejo de Estado.....	17
Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Doctrina Colombiana	18
CAPITULO III.....	20
Limitación A La Discrecionalidad De Las Entidades En La Estructuración De Los Pliegos Tipo	
En Obras De Infraestructura De Transporte Decreto 342 De 2019.	20
Conclusiones y Recomendaciones	21
Lista de Referencias	23

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Resumen

Con el presente artículo queremos demostrar los efectos de la limitación que trae consigo el decreto 342 de 2019, respecto de la libre discrecionalidad con que contaban los estructuradores de los documentos tipo para obras de infraestructura de transporte, en virtud de lo anterior realizaremos un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, para lo cual haremos una comparación de dos licitaciones una antes y otra después del decreto 342 de 2019, tomando al Instituto Nacional de Vías “Invías”, como material de estudio para ver los cambios entre una y otra normatividad, con el fin de observar si se cumple el objetivo por el cual fue creado el decreto, es decir, si con éste se logra mayor pluralidad de oferentes, y si se cumple con la selección objetiva del mejor.

Palabras claves: contratación estatal, pliego tipo, principios de transparencia, principio de la buena fe, selección Objetiva, recursos habilitantes, contratos tipo sastre, corrupción entre otros.

Abstract

With this article we want to demonstrate the effects of the limitation that Decree 342 of 2019 brings with it, respecting the free discretion that the structuring of the standard documents for transport infrastructure works had, by virtue of the above we will carry out a normative analysis, jurisprudential and doctrinal, for which we will make a comparison of two tenders, one before and the other after Decree 342 of 2019, taking the National Institute of Roads "Invías" as study material to see the changes between one regulation and another, with the in order to observe if the objective for which the decree was created is fulfilled, that is, if with it a greater plurality of bidders is achieved, and if the objective selection of the best is fulfilled.

Keywords: state contracting, standard specifications, principles of transparency, principle of good faith, objective selection, enabling resources, tailor-made contracts, corruption among others.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Estado del Arte

La utilización de la discrecionalidad de los estructuradores de los documentos tipo de la entidades, ha permitido la vulneración del principio de proporcionalidad en la selección objetiva del mejor oferente, al estructurar los documentos tipo sastre, a partir del decreto 342 de 2019 se limitó esta facultad con la estandarización de los documentos tipo para la licitación de obra de infraestructura de transporte, por esto nos parece importante profundizar en el tema y contrastar si se cumple con el objetivo del mismo.

Para dilucidar esta investigación, nos apoyaremos de los doctrinantes que han ahondado en el tema sobre las facultades que tiene las entidades, para la elaboración y autonomía para establecer las condiciones del pliego tipo, como el doctor Ernesto Matallana Camacho y Hugo Alberto Marín Hernández, al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, tesis y revistas alusivas al tema. Comparando dos licitaciones una antes del decreto 342 de 2019 y otra posterior, para analizar los efectos de este.

Definición del tema

Efectos de la limitación de la discrecionalidad por parte de la entidad, al elaborar los “documentos tipo” en las licitaciones de obras públicas de infraestructura de transporte, con la promulgación del Decreto 342 de 2019.

Problema Inicial

El problema origen de esta investigación, radica en la autonomía que han tenido los estructuradores de las entidades en la formación de documentos tipo, específicamente en los requisitos habilitantes, direccionando las licitaciones a determinados grupos de oferentes con los denominados documentos tipo sastre, que de acuerdo a estudios de doctrinantes acerca del

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

tema, antes del decreto 342 de 2019, se disponía de esta autonomía, con la cual se terminaba manipulando estos requisitos, el cual no permitía una selección objetiva del mejor oferente.

Pregunta

¿Con la limitación que trae el decreto 342 de 2019, en cuanto a la discrecionalidad de las entidades para la estructuración de los documentos tipo se garantiza procesos de selección objetivos, justos y transparentes?

Hipótesis

Si la discrecionalidad o autonomía con la que cuenta la administración pública, está delimitada, y guarda proporcionalidad con el objeto del contrato, ya no habrá más vulneración del derecho a la libre competencia, libre competencia y a la igualdad entre iguales.

Objetivos

Objetivos Generales

Determinar si los documentos tipo en la modalidad de selección de Licitación para obras públicas de infraestructura de transporte, de acuerdo al decreto 342 de 2019 garantiza un proceso de selección objetiva.

Objetivos Específicos

Comparar el resultado de dos licitaciones una antes del decreto 342 de 2019 y la segunda posterior a su promulgación, determinando si en la segunda se presentaron un mayor número de oferentes. Para este análisis se tomará al Invías como entidad ordenadora del gasto.

Comparar en las dos licitaciones, en los documentos tipo los requisitos habilitantes mínimos y si estos son proporcionales de acuerdo con el objeto a contratar.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Determinar si en la selección del oferente, la entidad selecciono a quien fuera más favorable para el INVIAS, y a los fines que la entidad persigue.

Capítulo I

Principio De La Proporcionalidad En La Selección Objetiva De Oferentes

Contratación Estatal Colombiana

Antecedentes

Con la promulgación de la Ley 80 de 1993, se generaliza el procedimiento de selección del contratista por licitación, donde se plasmaron los principios de la contratación estatal como lo son: la transparencia, economía y responsabilidad que rigen la función pública, para garantizar la No violación a los derechos de libre concurrencia, libre competencia e igualdad entre iguales.

Luego se sanciona la ley 1150 de 2007, donde se implementan nuevos criterios de selección objetiva por medio de requisitos habilitantes y factores ponderables, donde se exige la publicación oportuna de pliegos de condiciones, estudios y documentos previos al público para ser observados, que a través del Registro Único de Proponentes (RUP) los oferentes deben registrar todos los componentes de experiencia, técnicos, legales y financieros, para poder acceder a licitar especialmente con el estado. (L.1150/2007, art.2, 6,8). Esperando con esta normatividad ser lo más puntual, claro y conciso en reglamentación para la contratación estatal.

Luego aparece el Decreto 734 de 2012, otorgando al gobierno nacional la facultad para adoptar documentos tipo, para pliegos de condiciones en procesos de selección de obras públicas fortaleciendo principios de eficiencia y transparencia, buscando garantizar que exista imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en cualquier modalidad de la contratación estatal.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Para nuestra investigación tomaremos el decreto reglamentario (Decreto 1082 de 2015). Y conceptos emitidos por Colombia Compra Eficiente, donde se compila toda la normatividad emitida para la contratación estatal, donde se ofrecen las herramientas para facilitar los procesos de compra pública, garantizando a todos los oferentes que cualquiera de las distintas modalidades de selección esta revestida de todos los principios que irradian la contratación estatal, taxativos en la ley (L. 80, art.23, 1993), como en nuestra Constitución política (1991), en su artículo 209, y en la ley (L.1150, art.5, 2007), esto con el fin de analizar la nueva regulación que trae el Decreto 342 de 2019, frente a la discrecionalidad que anteriormente habían tenido las entidades, en cabeza del ordenador del gasto, para estructurar los requisitos habilitantes de los documentos tipo en la licitación de obras públicas de infraestructura de transporte.

Que de acuerdo a la jurisprudencia esta discrecionalidad, es la que ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la selección objetiva de oferentes. Según la opinión del MP Valle de la Hoz y Santofimio Gamboa el principio de transparencia es precisamente donde se exige adelantar las diferentes modalidades de contratación sin favorecer intereses particulares, para garantizar los principios a la igualdad e imparcialidad de los oferentes. (CE, Sala Contenciosa Administrativa, No 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), 2011).

La facultad que tiene una entidad para preestablecer unos pliegos, sino se hace de manera objetiva y transparente, da origen al flagelo de la corrupción, permeando el objeto específico de la contratación pública, por citar algunos de los casos como: el de Reficar, el escándalo de corrupción más grande de la historia de Colombia, que tenía un presupuesto de obra por 4.000 millones de pesos y termino con unos sobrecostos de 4.300 millones de pesos. El Espectador.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

(2016, 3 de mayo), esta mala praxis se ha apoderado de los servidores públicos, anulando el principio de la buena fe, que se predica en estos funcionarios, viéndose inmersos en un cohecho propio e impropio, en detrimento del patrimonio público, caso ODEBRECHT, como lo explica la periodista María J. Dusan donde se desviaron 50 millones de la obra Ruta del Sol II, vinculando a tres presidentes como lo son el señor Uribe, Santos y Duque, y la participación de grupos económicos, inclusive empresarios. Semana. (2017, 24 de enero). Donde los sobrecostos derivados de estos entuertos los terminamos pagando los colombianos.

El documento tipo establece como criterios de calificación los aspectos más relevantes para encuadrar al oferente de acuerdo a la necesidad a satisfacer por parte del estado, requisitos como la experiencia y la capacidad financiera, que son vitales para la determinación de este en el proceso.

Donde encontramos que a veces en las condiciones del documento tipo, se piden experiencias dentro de un determinado tiempo que restringen al oferente, desconociendo la idoneidad de este, por el solo hecho de delimitar la experiencia en un periodo de tiempo, dejando de lado la parte técnica que también interesa.

Como sugiere el especialista en la contratación estatal doctor Matallana (2021), en la experiencia: “No se debe limitar la antigüedad de los contratos, toda vez que la experiencia no pierde validez por el paso del tiempo” (p.73).

Hasta llegar al decreto 342 de 2019, que vuelve y replica la condición garantista de los principios de la contratación que se vienen replicando desde la Ley 80 de 1993, que pareciera no tener como frenar la corrupción que nos envuelve a nivel estatal y que tanto daño nos hace a nivel de estado.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Discrecionalidad Por Parte De La Entidades En La Elaboración De Pliego Tipo

Para este apartado debemos empezar primero por definir que es la discrecionalidad administrativa siguiendo a Matallana (2021) la discrecionalidad es la libertad de elegir entre diferentes opciones, donde se persigue el interés general como bienestar en común, discrecionalidad que esta reglada donde no se permite la arbitrariedad, esta consiste en llenar los vacíos de las condiciones y requisitos habilitantes para la elaboración del pliego tipo, decisiones facultativas que deben ser motivadas y razonadas de acuerdo al intereses general, no puede ser a capricho del servidor público, ni de intereses personales, como lo consagra la ley (L.1437/2011, art.44).

Para Marín (2009) no se puede transgredir la potestad configurada de manera discrecional, porque de lo contrario se estaría excediendo, teniendo en cuenta que los actos administrativos también tienen control de legalidad y jurisdiccionalidad. La administración debe de esta forma dejar plasmados los motivos que incentivaron a tomar una decisión, dentro de las muchas opciones que podría tomar en el acto administrativo, puesto que este es el material jurídico que se puede demandar en caso de contravención con una solicitud por parte de los oferentes para corregir y que no sea tenida en cuenta por la administración.

No podemos olvidar que esta discrecionalidad consiste en la autonomía que tiene el funcionario público para establecer los requisitos habilitantes, que permita escoger al oferente que le favorezca más a la entidad, requisitos que deben estar acorde con el objeto del contrato.

Análisis De La Comparación De Las Licitaciones Del Invías Lp-Do-Srn-039-2019 Y Lp-Do-Srn-025-2021

Se tomó para estudio a la entidad Instituto Nacional de Vías “Invías”, por tratarse de una entidad que se dedica al sector de infraestructura de transporte, una vez analizadas las dos licitaciones, observamos que la entidad mantiene los mismos parámetros para la elaboración de los requisitos en los pliegos de condiciones, facilitando la comparación entre las dos licitaciones.

Para la licitación Lp-Do-Srn-039-2019 se tuvo un total de 42 oferentes, donde el oferente 39 fue el elegido, por el beneficio económico ofertado de \$ 2.635.587.453,00 frente a un presupuesto de \$ 2.817.643.924,00. Aportando un descuento económico de \$ 182.056.471,00, donde se analizó del estudio realizado, que la entidad pidió acreditar los contratos realizados en los últimos cinco años, y la experiencia de facturación, debía ser aportada a través de por lo menos un contrato que certificara el 50% del valor del presupuesto oficial, donde se aplicó el Método de Aritmética Media Baja, con una TRM 3.445,76.

Con el valor solicitado de experiencia es decir el 50% del presupuesto oficial, es una medida restrictiva, si se analiza que el estudio de mercado se elaboró sobre 611 empresas, donde solo 43 se postularon, notándose que hay en cierta medida una exclusión a la mediana y pequeña empresa, porque ese monto puede ser perfectamente facturado a lo largo del tiempo de una entidad, y no por esto no deja de ser idónea, si se dedica al sector de la construcción, coartando el principio de concurrencia y libertad de competencia al igual que el derecho a la igualdad, por las condiciones limitantes que tienen los pliegos, situación que se escudriñara al final de la comparación de las dos licitaciones.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

En el análisis a la segunda licitación Lp-Do-Srn-025-2021, con ocasión a la obligatoriedad de los documentos tipo, vemos como la misma entidad (INVIAS), incursiona en una licitación similar donde la experiencia general es, la Construcción o Mejoramiento o Mantenimiento o Rehabilitación o Pavimentación o Repavimentación o Conservación en Pavimento Asfáltico o Concreto Hidráulico De Carreteras Primarias o Secundarias o Vías Urbanas O Pistas De Aeropuertos, igual a la licitación uno de comparación, donde el estudio de mercado se hizo con una muestra de 1000 mil empresas, donde ofertaron 69 proponentes, siendo el elegido INGENIERÍA DE COLOMBIA INGDECOL S.A.S. con un beneficio económico de \$ 1.733.64.67..00 otorgando un descuento positivo para la entidad de \$ 267.049.772,00 reflejándose un mayor descuento por la mayor concurrencia de oferentes, donde no se limita el tiempo de la experiencia es decir se puede en la trayectoria de los oferentes, y con la posibilidad de acreditar esta experiencia entre 1 o 6 contratos los que más le sumen al oferente, permitiendo de esta forma la libre concurrencia y libre competencia, cumpliéndose el objetivo del decreto 342 de 2019.

Observando notoriamente como si se incrementó el número de oferentes, frente a la primera licitación.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Tabla 1 Cuadro Comparativo de Licitaciones Tipo Pliego

INSTITUTO NACIONAL DE INVIAS				
CUADRO COMPARATIVO DE LICITACIONES TIPO PLEIGO ANTES Y DESPUES DEL DECRETO 342 DE 2019				
AÑOS	2019		2021	
	LICITACION 1		LICITACION 2	
	No LP-DO-SRN-039-2019.		No. LP-DO-SRN-025-2021	
OBJETO	MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA: MOJARRAS - POPAYÁN, SECTOR PR0+0000 AL PR121+0000, RUTA 2503		MANTENIMIENTO Y MEJORAMIENTO DE LAS CARRETERAS : CUCUTA - PUERTO SANTANDER - PUENTE INTERNACIONAL PEDRO DE HEVÍA (LA UNIÓN)(5507), CÚCUTA - DOS RIOS - SAN FAUSTINO - LA CHINA(55NS09), SAN GAYETANO - CORNEJO(55NS08) Y CORNEJO - EL ZULIA(7009A)..	
MODELO DE SELECCIÓN	LICITACION PUBLICA		LICITACION PUBLICA	
TIPO DE CONTRATO	OBRA		OBRA	
SISTEMA DE CONTRATACION	PRECIOS UNITARIOS CO AJUSTES		PRECIOS UNITARIOS	
VALOR>	\$ 2.817.643.924,00		\$2,000,690,442	
TIEMPO DE TRABAJO			JORNADA DE 7X24	
ESTUDIO DE MERCADO	611 EMPRESAS MAS GRANDES EN SECTOR DE LA CONSTRUCCION		1000 EMPRESAS MAS GRANDES EN SECTOR DE LA CONSTRUCCION	
TIEMPO	ULTIMOS 5 AÑOS		ULTIMOS 5 AÑOS	
INDICADORES FINANCIEROS				
PATRIMONIO	MAYO A > 0		0,54	
PASIVOS	30%		46%	
RENTABILIDAD DEL PATRIMONIO	MAYO A > 0		0,1609	
RENTABILIDAD DEL ACTIVO	MAYOR A >0		0,075	
INDICE DE LIQUIDEZ	MAYOR A 1 SOBRE ESTUDIO DE 611 EMPRE		2,11 SOBRE ESTUDIO DE 516 EMPRESAS	
ENDEUDAMIENTO	70% SOBRE ESTUDIO DE 611 EMPRESAS		53,4% SOBRE ESTUDIO 516 EMPRESAS	
COBERTURA DE INTERESES	MAYOR A >1 SOBRE ESTUDIO DE 611 EMPR		4,41% SOBRE OFERTA DE 516 EMPRESAS	
PROPUESTAS RECIBIDAS	42		69	
EVALUACION JURIDICA	41 HABILITADOS-1 RECHAZADOS		64 HABILITADOS-5 RECHAZADOS	
EVALUACION FINANCIERA	42 HABIITADOS		65 HABILITADOS-4 RECHAZADOS	
CAPACIDAD TECNICA	38 HABILITADOS -4 NO HABILITADOS		69 HABILITADOS	
EXPERIENCIA REQUERIDA	38 HABILITADOS -4 NO HABILITADOS		62 HABILITADOS-2 NO HABILITADOS	
EXPERIENCIA EN VALOR	Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados además de la experiencia general deberá acreditar un valor correspondiente a por lo menos el 50% del valor de PRESUPUESTO OFICIAL (PO) del presente proceso de contratación.		Por lo menos un contrato (1) supere el 70% del presupuesto oficial	
EXPERIENCIA GENERAL	CONSTRUCCIÓN Y/O MEJORAMIENTO Y/O MANTENIMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O CONSERVACIÓN EN PAVIMENTO ASFALTICO Y/O CONCRETO HIDRÁULICO DE CARRETERAS PRIMARIAS Y/O SECUNDARIAS Y/O VIAS URBANAS Y/O PISTAS DE AEROPUERTOS		CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO O MANTENIMIENTO O REHABILITACIÓN O PAVIMENTACIÓN O REPAVIMENTACIÓN O CONSERVACIÓN EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO DE CARRETERAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VIAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS	
NUMERO DE CONTRATOS	1 Y 6 CONTRATOS		1 y 6 CONTRATOS	
CRITERIOS DE ASIGNACION DE PUNTAJE	Concepto		Concepto	
	Oferta económica		Oferta económica	
	Factor de calidad		Factor de calidad	
	Apoyo a la industria nacional		Apoyo a la industria nacional	
	Vinculación de personas con discapacidad		Vinculación de personas con discapacidad	
	Total		Total	
		Puntaje máximo		
		Puntaje máximo		
		60		
		19		
		20		
		1		
		100		
		100		
METODO DE PONDERACION TRM QUE RIJA EL DIA SIGUIENTE HABIL	Concepto		Concepto	
	Método		Método	
	1 Mediana con valor absoluto		1 Mediana con valor absoluto	
	2 Media geométrica con Presupuesto Oficial		2 Media geométrica	
	3 Media aritmética alta		3 Media aritmética baja	
4 Media aritmética baja		4 Menor valor		
5 Menor Valor				
PROPONENTE ELEGIDO	CONSORCIO VIAL POPAYAN		INGENIERIA DE COLOMBIA INGDECOL S.A.S.	
BENEFICIO ECONOMICO	\$ 2.635.587.453,00		\$ 1.733.640.670,00	
DESCUENTO	\$ 182.056.471,00		\$ 267.049.772,00	
TABLA 3 FUENTE PROPIA				

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Realizada la comparación en la tabla 1, de las dos licitaciones objeto de investigación como muestra de estudio, plenamente identificadas, encontramos que la entidad (Invías), para contratos de esta modalidad (licitación Pública) la mejor alternativa que usa, es la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes y fórmulas, tal como se señala en los pliegos de condiciones. Siendo muy notorio la aplicación por parte de esta entidad la normatividad de la ley 1882 de 2018 y el decreto 342 de 2019, con un mayor número de oferentes.

Para lo cual debe estarse a las condiciones del pliego, que debe contener requisitos acordes con el objeto de contratación por parte de la entidad, donde se debe promover a la libre concurrencia, a la libre competencia, donde solo se le excluya por no cumplir con los requisitos mínimos habilitantes o en su defecto por una inhabilidad recurrente (L.1474/2011, art.90). (Invías-Informe de evaluación Contractual Definitivo).

Capítulo II

Perspectiva Del Principio De Proporcionalidad En La Aplicación De La Selección Objetiva En La Contratación Estatal Colombiana

En este capítulo se analizará la perspectiva del principio de proporcionalidad en la aplicación de la selección objetiva en la contratación estatal colombiana, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de estado, al igual que desde la doctrina de autores colombianos especialistas dedicados al derecho administrativo, que han aportado a construir teorías del caso en estudio.

Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Jurisprudencia Colombiana Corte Constitucional

Para la Corte constitucional, el principio de proporcionalidad del cual deben estar revestidos los pliegos de condiciones para los pliegos tipo, en cuanto a los requisitos habilitantes que deben cumplir los oferentes, están provistos de proporcionalidad y transparencia, que enmarcan cada uno de estos requisitos como tal, con el ánimo de escoger al oferente que este en capacidad de hacer la mejor oferta, la que más le convenga a la administración, todos los oferentes tienen la misma oportunidad para postularse siempre cuando cumplan a cabalidad con los requisitos exigidos, la administración aplica el principio de publicidad al extender la invitación a todos los que se sientan en la capacidad de aplicar al cumplir con los requisitos habilitantes, para la Corte Constitucional, no se viola el principio de igualdad desde que se cumpla con lo establecido en las condiciones del pliego, es claro que de todos solo se escogerá a uno, de ahí nace ese poder diferenciador, porque solo la mejor propuesta será la seleccionada siempre y cuando sea la más benéfica para los fines que se pretenden satisfacer a cargo de la entidad.

Sin embargo, la Carta Política le permite el trato desigual mas no discriminatorio como lo ratifica la Sentencia (CC, C-400/99, 1999) pero para la gran mayoría de oferentes que demandan, dicen que se están estableciendo unos requisitos bien sean de tipo técnico, jurídico, o de experiencia muy altos, que al final pueda que no sean necesarios y que no están acorde con el objeto del contrato, viéndose vulnerados no solo los posibles oferentes sino los principios de concurrencia e igualdad, enmarcando la situación como una discriminación injustificada, situación decantada por la Corte Constitucional donde ha ratificado que prima el intereses general, prevaleciendo este sobre el particular, donde colisionan el derecho a la libre

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

conurrencia, libre competencia y derecho a la igualdad entre iguales, donde es válido el trato desigual solo cuando:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que este:

Resulta adecuado, necesario, que no haya otra forma de satisfacer ese fin esencial que se pretende alcanzar, que el costo de lo que se pretende satisfacer debe ser mayor a los principios vulnerados para de esta forma guardar la proporcionalidad. (CC, C-022/96,1996, p. 1).

Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Jurisprudencia Colombiana Consejo de Estado

Para el consejo de estado (CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, No (811), 1996) no se está vulnerando ningún derecho, al establecer los requisitos mínimos que deben certificar cada uno de los oferentes, puesto que es de la forma más expedita para acreditar estos, previamente establecidos y reglados en las condiciones del pliego, diferente sería que no se cumpliera o se modificaran las condiciones allí establecidas y no se les informara a los oferentes, actuación que tendría control de legalidad por parte de la administración, toda vez que todos los actos administrativos están sometidos a control de legalidad y jurisdiccionalidad; desde que están pactados los términos y condiciones a cumplir por los oferentes, tendrán que ser cumplidos por estos, para acceder a la postulación de la mejor oferta y no solo está sino que sea la que más favorezca a la entidad.

Razón por la cual la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado ha precisado que la entidad licitante es la responsable de establecer con claridad y precisión los requisitos habilitantes para concursar, todo el proceso de la licitación es un proceso reglado (L. 80/1993) con el objetivo de garantizar la transparencia y la selección objetiva del oferente.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Según la sentencia No 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2001) estos derechos están garantizados taxativamente en el orden constitucional (C.P, art.23, 1991) y el estatuto de la Contratación Estatal mediante el cumplimiento del art. (L.80, art.24, 29,30. 1993). Colocando a todos los oferentes en idénticas condiciones preestablecidas en el pliego, respeto no solo de los requisitos habilitantes, sino del desarrollo del proceso de selección respetando los cronogramas y programación previamente establecida.

Entonces el referido derecho a la igualdad debe estar presente desde el inicio con el pre pliego hasta la adjudicación del contrato, para cada uno de los respectivos oferentes.

Principio De Proporcionalidad En La Selección Objetiva Desde La Doctrina Colombiana

Siguiendo a Matallana (2021), el principio de proporcionalidad en la selección objetiva, radica en la robustez que se solicita en la experiencia a acreditar por parte de los oferentes, en estudio de 250 licitaciones realizadas para los años 2011-2015, se encontró que estos requisitos desbordaban los requisitos mínimos habilitantes para las respectivas licitaciones, donde en promedio era entre uno y dos oferentes los que se postulaban, viéndose comprometido el principio de la libre concurrencia, la libre competencia y el derecho a la igualdad, donde había un trato discriminatorio ni siquiera desigual, pues el número de oferentes daba fiel cuenta de todos los derechos restringidos sin justificación alguna, donde no se presentaban beneficios económicos ni descuentos para la entidad, porque casualmente la oferta económica del oferente era igual al presupuesto oficial ofrecido por la entidad. Situación que marco la contratación estatal de forma nefasta no solo a nivel

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

nacional sino también internacional, con ocasión del ingreso de Colombia a la OCDE, el comité de gobernanza recibió una serie de recomendaciones de contratación pública, para evitar el flagelo de la corrupción, mejorar la gobernanza y acrecentar la confianza en la administración.

Según lo señalado por Durão (2016),

“Para el autor el principio de proporcionalidad es adecuado cuando la medida es justa y equilibrada, cuando el interés general del bien a satisfacer es apremiante y repercute de forma positiva en la sociedad.

El principio de proporcionalidad se vuelve entonces una herramienta para la protección de valores constitucionales, que es un apoyo para los operadores jurídicos, para que hagan sus juicios basados en los dictámenes de la razón y la justicia” (como se cita en Matallana, 2021, p. 102).

Para Marín (2009), la aplicación de los principios de proporcionalidad en la selección objetiva de los oferentes, se encuentra sujeto a la discrecionalidad de la entidad, que a su vez lo encuentra viable, si se trata de criterios objetivos y razonados para la realización de los fines del estado, desarrollados a través del sistema licitatorio, libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad, no para hacer cualquier cosa, sino para establecer parámetros, de componente técnico, económico, de conveniencia, prevaleciendo siempre el interés general (p.11-12).

CAPITULO III

Limitación A La Discrecionalidad De Las Entidades En La Estructuración De Los Pliegos Tipo En Obras De Infraestructura De Transporte Decreto 342 De 2019.

Los beneficios que trajo consigo el decreto 342 de 2019, coloca de presente, la primera limitante a la manipulación de la discrecionalidad con las que contaban las entidades ordenadoras del gasto; dado que a través de esta autonomía, se pedían requisitos habilitantes, en la gran mayoría de los casos siguiendo a Matallana (2021) se hacían exigencias excedidas al objeto del contrato, sin justificación alguna, para obra pública de infraestructura de transporte en nuestro caso la entidad estatal deberá aplicar los Documentos Tipo, de forma obligatoria.

Cuando la entidad en el proceso de contratación evidencie que requiere experiencia adicional, ajenos a la obra pública, pero que debe vincularse con la misma, deberá demostrar que, en el estudio de mercado realizado, verifico las condiciones de esa idoneidad adicional, para no limitar la concurrencia de oferentes, ni libertad de competencia y derecho a la igualdad entre otros.

Una segunda limitante es que las entidades no pueden pedir requisitos diferentes a los establecidos en los Documentos Tipo.

Y una tercera limitante es que las entidades deben de abstenerse de pedir únicamente experiencia exclusiva con entidades estatales, debiéndose aceptar la obtenida con el sector privado, al igual que limitarla en un lugar específico, que puede ser acreditada a través de toda su vida profesional en el caso de personas naturales, o desde su creación en caso de personas jurídicas, prohibiendo limitarla en el tiempo, al igual que pedir metros o cantidades de obra específica.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Una cuarta limitante es la de permitir que los códigos de actividad económica tengan un alcance hasta el tercer nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, prohibiendo tácitamente los códigos que estén relacionados directamente con el objeto a contratar, beneficio que está en procura de la pluralidad de oferentes, limitación de la corrupción, contribuyendo a la prosperidad del pueblo colombiano. A marzo de 2021 ya se reflejaba el efecto positivo de la implementación de este decreto, al ver en las licitaciones mayor pluralidad de oferentes como lo afirma Laura Lucía Becerra Elejalde. Portafolio. (2021, 03 de marzo). “Colombia ha logrado subir la pluralidad de los oferentes, pues mientras que antes de la norma se recibían en promedio tres postulaciones para las licitaciones públicas, actualmente el promedio es de 24, e incluso, se han registrado procesos con hasta 254 proponentes”.

Conclusiones y Recomendaciones

De acuerdo al estudio realizado de los doctrinantes Matallana, Marín y Durão, Colombia no necesita más normatividad, para regular la contratación estatal, lo que tenemos es un problema ético moral, al interior de la dirección de las entidades contratantes, que burlan todos los principios base de la contratación estatal, justificándolo en la gran mayoría de casos en la libertad discrecional, para la elaboración de los documentos tipo.

Realizada la investigación acerca de la discrecionalidad que tenían la entidad contratante, antes del decreto 342 de 2019, permitió la manipulación en la exigencia de requisitos habilitantes, con los denominados contratos tipo sastre, concluimos que con la limitantes que trae el decreto en mención, se restringió la autonomía que tenían las entidades al estructurar los pliegos de condiciones, para evitar la corrupción, generando procesos transparentes para la selección objetiva y una mayor pluralidad de oferentes.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

Otra de las condiciones que se observaron es que, no cualquier oferente tiene la capacidad económica, para presentar una oferta de este tipo, de hecho, las empresas adjudicadas, tuvieron que asociarse bajo la figura de un consorcio en el caso de la licitación del 2019, y en una sociedad conformada por varios ingenieros en el caso de la licitación del 2021, notándose no la discriminación, pero si la restricción a posibles oferentes como las pymes.

Como recomendación sugerimos, que este tipo de contratos tenga la posibilidad de fraccionarse, con el objeto de que las mis pymes puedan presentar ofertas en igualdad de condiciones, teniendo en cuenta que son parte importante del desarrollo económico, desde donde se genera empleo, innovación y potencial de crecimiento.

Otra recomendación seria que se limitara la adjudicación de contratos de este tamaño, siempre a los mismos oferentes, para evitar caer en el monopolio de la contratación.

Lista de Referencias

- Araujo Oñate, R. (2011). Ley 1150 De 2007 Una Respuesta A La Eficacia Y Transparencia En La Contratación Estatal. Editorial Universidad del Rosario.
<https://editorial.urosario.edu.co/catalog/product/view/id/6294/s/gpd-la-ley-1150-de-2007-una-respuesta-a-la-eficacia-y-transparencia-en-la-contratacion-estatal-9789587381313/>
- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, septiembre 20, 2018. MC.P.: H. Rodríguez No 11001-03-15-000-2018-00316-00). (Colombia). Obtenido el 15 de febrero de 2023. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88819>
- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, enero 31, 2011 M.P.: H. Valle de la Hoz. No 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). (Colombia) Obtenido el 15 de febrero de 2023. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01\(17767\)](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01(17767))
- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, julio 19, 2001, C.P.: H. Hernández No 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037) (Colombia). Obtenido el 16 de febrero de 2023. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004303>
- Consejo de Estado [CE], Sala Plena de lo Contenciosa Administrativa, julio 30, 2019. M. P.: H. C, Palomino Cortés. No 11001-03-15-000-2018-00316-01. (Colombia). Obtenido el 10 de abril de 2023.
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/perinvest/11001-03-15-000-2018-00316-01.pdf>
- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, septiembre 10, 2020, M.P.: H. Marín No 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136) (Colombia). Obtenido el 16 de febrero de 2023. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2020/10/RutaSol.pdf>

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa octubre 07, 2009. M.P.: H. Ruth Estela Correa No 110010326000201000038 00 (39.040) (Colombia). Obtenido el 27 de marzo de 2023. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004720>
- Consejo de Estado [CE], Sala de Consulta y Servicio Civil, abril, 17,1996. M. P.: R, Suarez. No (811). (Colombia). Obtenido el 6 de abril de 2023.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=>
- Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 13va ed.
- Corte Constitucional [CC], enero 23, 1996. M. P.: C. Gaviria. Sentencia No. 022/96. (Colombia). Obtenido el día 09 de abril de 2023.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96>.
- Corte Constitucional [CC], junio 02, 1999. M. P.: V. Naranjo. Sentencia No. 400/99. (Colombia). Obtenido el día 09 de abril de 2023.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-400-99.htm>
- Decreto 734/12, abril 13, 2012. Presidencia de la República. (Colombia).
- Decreto 342/19, marzo 5, 2019. Presidencia de la República. (Colombia).
- Decreto 1082/2015, mayo 26, 2015. Presidencia de la República. (Colombia).
- Durão, P. (2016). *Licitación Pública. Parámetro y Supranacionalidad*. Editorial Juruá.
- Semana. (2017, 24 de enero). Reficar, el escándalo de corrupción más grande de la historia de Colombia. Disponible <https://especiales.semana.com/la-serie-de-odebrecht-escandalo-de-corrupcion-en-colombia-por-maria-jimena-duzan/index.html>

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

El Espectador. (2016, 3 de mayo). Reficar, el escándalo de corrupción más grande de la historia de Colombia. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/reficar-el-escandalo-de-corrupcion-mas-grande-de-la-historia-de-colombia-article-630403/>

El Espectador. (2021, 09 de septiembre). La historia del escándalo del Mintic, Karen Abudinen y Centros Poblados. *El Espectador* <https://www.elespectador.com/economia/la-historia-del-escandalo-del-mintic-centros-poblados-y-karen-abudinen/>

Isaza, L. (2020). *Demanda De Odebrecht Contra El Estado Colombiano*, (Tesis Maestría, Universidad Externado De Colombia) Repositorio Institucional. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8e160f18-1969-40a4-b421-f7e2beade008/content>

Ley 80/1993, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41094. (Colombia)

Ley 1437/2011 enero 18, de 2011. Diario Oficial. [D.O]: 47956. (Colombia)

Ley 1157/2011, junio 15, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 48101. (Colombia)

Ley 1474/2011 julio12, de 2011. Diario Oficial. [D.O]: 48128. (Colombia)

Ley 1882/18, enero 15, de 2018. Diario Oficial. [D.O]: 50477. (Colombia)

Marín, H. A. (2009). Naturaleza Jurídica de las Facultades de la Administración para confeccionar Pliegos de Condiciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 1 (jun. 2009). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2593>.

Matallana, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993* Universidad Externado de Colombia.

LIMITACION A LA DISCRECIONALIDAD EN LOS DOCUMENTOS TIPO

<https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-manual-de-contratacion-de-la-administracion-publicareforma-de-la-ley-80-de-1993-9789587724363.html>

Matallana, E. (2021). *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.

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/354b48d6-a82c-4376-8f18-a6cc4633abaf/content>

Miranda, M. (2015). *La Selección Objetiva En La Contratación Pública Colombiana Entre El Principio Y La Regla* (Tesis Maestría, Universidad Santo Tomas) Repositorio

Institucional

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1824/Mirandamilton2015.pdf?sequence=1>

Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Revista Verba Iuris*, 11(35), 65-84. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.6>.

Pérez, I. (2019, 27 de septiembre). Caso Lava Jato Brasil. *CNN Noticias*.
cnnespanol.cnn.com/tag/caso-lava-jato-Brasil/ artículo.

Portafolio. (2021, 03 de marzo). <https://www.portafolio.co/economia/con-pliegos-tipo-se-triplicaron-los-oferentes-en-licitaciones-549708>

- Sierra, D. (2020). Delitos contra la administración pública cometidos en Colombia y Brasil dentro del caso Odebrecht. (Trabajo de grado, Maestrante en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja) Repositorio Institucional
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/23090?show=ful>
- Solís, F. (2015). El Principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal. *Revista Universidad Libre*, (43), 25-43.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/160/113>
- Villamizar, J., Delgado, J., Bayona, C. (2019). Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal. *Revista Luxpraxis*, (133), 1-18
https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/view/7041