**SELECCIÓN DEL CONSULTOR POR EL PROCEDIMIENTO DE INVITACIÓN
PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE
LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

AUTOR:
ANDREA TATIANA LÓPEZ BERMÚDEZ

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL
PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

DIRECTORA: ÁNGELA MARÍA MEDINA PANQUEVA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
BOGOTÁ, COLOMBIA, 2018

Índice

SELECCIÓN DEL CONSULTOR POR EL PROCEDIMIENTO DE INVITACIÓN PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA: ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Primer artículo. Modalidades de selección de consultores

Agradecimientos.....	4
Introducción	7
I. Fines de la contratación estatal y su sometimiento a principios (artículo 3º Ley 80/93) Principios de selección objetiva, eficiencia y responsabilidad	9
II. El procedimiento de selección de contratistas del Estado como actuación administrativa	16
III. Contrato de consultoría. Caracterización en el derecho interno y Doctrina Extranjera	22
IV. Modalidades de selección de consultores y criterios de evaluación o calificación de ofertas	31
a) En el Derecho Interno.....	31
1. Mínima Cuantía	34
2. Concurso de Méritos	39
b) Remisión a la Doctrina Extranjera.....	49
Conclusiones	55
Referencias Bibliográficas.....	59

Segundo artículo. La selección del consultor del Estado por la modalidad de invitación pública de mínima cuantía. Un procedimiento violatorio de los principios de selección objetiva y eficiencia

Introducción.....	68
I. Criterios legales determinantes del procedimiento de selección del consultor del Estado	70
II. ¿Existe antinomia en el sistema normativo de la contratación pública de consultores?	93
III. Criterios determinantes de selección del consultor	95
IV. Conflicto normativo e interpretación	101
V. Inaplicabilidad normativa por ser contraria a la ley	120
VI. Soluciones	123
Conclusiones	127
Referencias Bibliográficas	131

Agradecimientos

De manera muy especial quiero agradecer a Dios, por ser mi guía y mi fiel compañía; a mi madre, por escucharme y quererme tanto; a mi padre, por su apoyo incondicional; a mi hermano, porque quiero ser un ejemplo de vida para él, y a todas las personas que me han apoyado en este importante proceso de mi vida profesional.

Primer artículo

Modalidades de selección de consultores

Resumen

El sistema contractual en Colombia restringe para el Estado la posibilidad de contratar a su arbitrio, pues tal ejercicio solo se puede llevar a cabo a través de los procesos legalmente determinados, por cuanto la gestión contractual tiene una finalidad netamente pública, con miras a satisfacer el interés general, luego no es dable la discrecionalidad en este aspecto por la Administración, pues está sujeta a un procedimiento reglado, que descansa sobre los principios de selección objetiva, eficiencia y responsabilidad.

En el presente trabajo se aborda la problemática que surge en la práctica de la gestión contractual, respecto de la modalidad de contratación adoptada por las entidades estatales en los contratos de consultoría, teniendo en cuenta la discrepancia normativa entre la relación precio - calidad en la selección de consultores, por lo que se hace necesario determinar cuál es el factor de escogencia que mejor conviene al Estado, al momento que contrata consultores, y, por ende, cuál procedimiento de selección resulta aplicable.

Palabras Clave: Contrato de consultoría, principios, modalidades de selección, concurso de méritos, selección objetiva, experiencia y precio.

Abstract

The contractual system in Colombia restricts for the State the possibility of hiring at its discretion, since such an exercise can only be carried out through legally determined processes, in fact its framework of action in such a matter, does not go beyond of the parameters that the same law imposes on it, since the contractual management has a purely public purpose, with a view to satisfying the general interest, then it is not possible the discretion in this aspect on the part of the Administration, since it is subject to a procedure which rests on the principles of objective selection, efficiency and responsibility.

The present work addresses the problems that arise in the practice of contractual management, regarding the modality of contracting adopted by the state entities in the consulting contracts, taking into account the normative discrepancy between price - quality relation in the Selection of consultants, and it is necessary to determine which is the best choice factor for the State, when contracting consultants, and, therefore, which selection procedure was applicable.

Keywords: Consulting contract, principles, selection modalities, merit competition, objective selection, experience and price.

Introducción

Para hacer efectiva la aplicación de los principios de transparencia, selección objetiva y economía, eficiencia, entre otros, en el ámbito de la contratación estatal, la ley ha establecido una serie de modalidades de selección con el fin de que las entidades públicas puedan garantizar la escogencia de la mejor oferta, bajo específicos parámetros legales, que son: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía.

Respecto del concurso de méritos, esta modalidad fue establecida para la contratación de consultorías, con el fin de escoger la propuesta técnica de mejor calidad en atención del factor experiencia, debido a la especialidad de la labor encomendada; lo que no sucede en otras formas de contratación, en las que el factor de calificación preponderante es el precio, es decir, la Administración selecciona la oferta con el valor más bajo. Así, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dispone que la selección de consultores se surtirá mediante concurso de méritos considerando “criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes”.

A su vez, el numeral 4º, artículo 5º *ibídem* precisa que en los procesos para escoger consultores se deben considerar factores de calificación que valoren los aspectos técnicos de la oferta, utilizando criterios de experiencia específica según la especialidad a contratar, lo que guarda coherencia con la precitada norma y, finalmente, indica que en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia en este tipo de contratación.

A pesar de lo regulado en la citada norma, actualmente la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015 permiten a la Administración contratar mediante la modalidad de selección de mínima cuantía, independientemente del objeto, siempre y cuando el valor no exceda el 10% de

la menor cuantía del presupuesto anual de la entidad estatal, esto de conformidad con los rangos señalados en la Ley 1150 de 2007.

En el proceso de mínima cuantía, el factor de selección es el precio, es decir, la entidad revisa las ofertas económicas presentadas y selecciona la de más bajo precio, en tanto cumpla con los requisitos de la invitación pública.

Así las cosas, se presenta una dicotomía, en función de qué actuación debe desplegar la entidad estatal que se enfrente a la necesidad de contratación de consultorías que se enmarquen en la mínima cuantía, pues existen dos normas que regulan un mismo tema, de diferente forma: en una el factor de escogencia o determinante es el menor precio, y en la otra, la idoneidad y la experiencia del consultor.

Ello evidencia la pertinencia de adelantar una investigación teórico-documental que analice la dicotomía normativa frente al proceso de selección, con el fin de determinar cuál de las dos modalidades garantiza la efectividad de los principios de selección objetiva, economía, eficiencia y responsabilidad.

Con la pretensión de solucionar la problemática expuesta partiremos de las siguientes hipótesis: (i) el objeto y la naturaleza del contrato de consultoría deben ser los únicos factores a considerar para la definición del procedimiento de selección del consultor y (ii) el concurso de méritos es el único procedimiento de selección legítimo para que la contratación de consultores cumpla adecuadamente con los fines estatales y los principios de selección objetiva, eficiencia y responsabilidad.

En el análisis propuesto, pretendemos seguir una metodología de carácter deductivo-descriptivo con enfoque cualitativo, mediante la técnica documental en la que primará el análisis y la identificación de los elementos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal que estimamos

necesarios para sustentar la temática. Finalmente, de manera crítica y propositiva, estableceremos si la selección de consultores a través del procedimiento de selección de mínima cuantía, cumple con los fines del Estado en materia contractual y si obedece a los principios rectores en la materia.

I. Fines de la contratación estatal y su sometimiento a Principios (artículo 3 Ley 80 de 1993). Principios de selección objetiva, eficiencia y responsabilidad

La Contratación Estatal en Colombia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, está dirigida a cumplir los fines del Estado, garantizar la prestación continua de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; por ende, el contrato estatal se torna en instrumento de la Administración para la adquisición de bienes, productos y servicios vinculados a la satisfacción de necesidades colectivas y a la preeminencia del interés público. Sobre el particular, Dávila Vinueza (2016) señala que se trata en últimas de una relación entre objeto y el interés público (p. 70), por tanto la actuación formalizada de las Administraciones públicas no solo se lleva a cabo mediante la emisión de actos unilaterales (reglamentos, actos administrativos), sino también a través de acciones concertadas con otros sujetos de Derecho (Santamaría Pastor, 2002), por lo que al igual que los sujetos privados, la Administración celebra habitualmente convenios o contratos.

La actividad contractual en Colombia está ligada a la aplicación integral de principios rectores, de tal forma que la inobservancia de los mismos contraría el cometido del Estado Social de Derecho, que es la satisfacción del interés público. Así las cosas, la Ley 80 es una ley de

principios que se promulgó bajo la hipótesis de la aplicación de las normas propiciando los mandatos de optimización en la administración del contrato (Dávila Vinueza, 2016).

El artículo 23 de la Ley 80, señala: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales de derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Sobre los principios de la contratación administrativa, Herrera Barbosa (1997) considera que “pueden clasificarse en cinco grupos: Los principios específicos, la referencia a las normas que regulan la conducta de los funcionarios públicos, las disposiciones sobre interpretación de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo” (p.38). Los actores que confluyen al escenario público contractual deben aplicarlos como verdadero criterio orientador, so pena de afectar la validez de las actuaciones en que se pretermitieron (González, 2010, pp. 60 - 61) y originar consecuencias a los operadores jurídicos intervinientes (Ortegón, 2017).

Como el ejercicio de la actividad contractual es de naturaleza reglada, la aplicación de los principios permite garantizar la preservación del ordenamiento jurídico en aras del cumplimiento de la función social.

Así las cosas, al iniciar un proceso contractual, independientemente de la modalidad o proceso de selección, el fin último debe ser la satisfacción del interés general, pues desde su nacimiento se debe indagar la causa y las razones de su existencia, que no pueden ser otras que

suplir una necesidad y salvaguardar el erario público. En ese sentido, el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establece los elementos de los estudios y documentos previos, entre los que indica de manera expresa la obligación de la entidad estatal de describir la necesidad que persigue satisfacer con el correspondiente proceso de contratación, pretendiendo con ello contar con los elementos necesarios para determinar el objeto contractual.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-818 del 9 agosto de 2005, afirmó que los principios de la contratación estatal tienen como fin: 1) Servir de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, 2) actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y 3) ser usados como fuente integradora del derecho, en casos de insuficiencia normativa.

Su aplicación recae sobre los procesos de selección previstos en la ley para la escogencia de contratistas. Ello indica que la facultad con la que cuenta la Administración para contratar no es discrecional, dado que no tiene libertad ilimitada para ello, sino que su actuación debe estar supeditada a los procedimientos establecidos en la ley, y los principios legales y constitucionales que rigen la contratación estatal. Sobre este último, Campos Monge (2007) afirma que la aplicación de dichos principios parten del asidero constitucional.

Así mismo, Safar Díaz (2009) señala que “la consecución del negocio no depende de una interacción directa, sino de unas reglas previamente establecidas” (p. 17), situación de la que se predica la estrecha relación existente entre los procesos de selección y los principios rectores en materia contractual, puesto que los primeros se surten en virtud y plena observancia de los segundos.

Desde el punto de vista del acuerdo de voluntades Santofimio Gamboa, J.O. (2004) señala que el contrato del Estado implica el cumplimiento de mecanismos institucionales que

concretan la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva (pp. 143 y ss.).

El Consejo de Estado, en Sentencia de 31 de marzo de 2005, señaló que no todas las circunstancias relacionadas con la contratación encuentran regulación expresa en dicho estatuto (refiriéndose a la Ley 80) y que la ausencia de norma explícita sobre un asunto determinado obliga al estudio del mismo a la luz de los principios de la contratación estatal y de los principios de la función administrativa, aplicables estos últimos por la remisión previa en el artículo 77 del Estatuto de Contratación Estatal. En este sentido, Orrego Lombana (2016) sostiene que el proceso contractual no solo se basa en la aplicación de normas, sino también en la valoración y atención de los principios (p. 25).

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 define la selección objetiva¹ a través de la cual se busca que la selección de los contratistas del Estado sea imparcial, justa y ecuánime; con atención a las directrices de evaluación señaladas en el pliego de condiciones e invitación pública, que deben estar encaminadas o destinadas a elegir la oferta más favorable y de mejor calidad que ofrezca condiciones serias de servicio para el desarrollo del contrato.

El deber de selección objetiva, como lo ha afirmado el Consejo de Estado (21489/2012 de 28 de mayo), constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que

¹ Ley 1150 de 2007 artículo 5. Es objetiva la selección en la que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios...

impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo que sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

Para Castro (2011) el principio de selección objetiva tiene por objeto asegurar la igualdad de oportunidades y la selección del oferente, y por ello, tiene diversas manifestaciones (p. 29).

Quintero y Merolla (2012) señalaron, respecto al principio de selección objetiva, que la entidad debe escoger la propuesta más conveniente, no solo teniendo en cuenta el factor económico (precio), sino también atendiendo los demás factores que indiquen poseer las mejores condiciones para la ejecución del contrato y satisfagan realmente las necesidades que la contratación buscó suplir (p. 16-18).

Por su parte, el Consejo de Estado (36054/2010 de 14 de abril) precisó que la selección de contratistas para cumplir el requisito de objetividad, debe caracterizarse por:

1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones, y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, una comparación y una evaluación objetiva de las propuestas presentadas.

Así, a manera de ejemplo, previo a la adjudicación del contrato, la parte contratante tiene el deber de examinar de manera objetiva cada una de las propuestas y verificar el lleno de los

requisitos, comparando lo indicado en los pliegos de condiciones, sin algún tipo de interés particular o favorecimiento alguno.

Para Rodríguez (2005), la selección objetiva es clasificada como una institución cuando se refiere a ella en los siguientes términos: “Un principio de la contratación estatal consagrado en el artículo 29 del estatuto, consistente en escoger el contratista que hace el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva”. (p. 403).

Ahora bien, una vez efectuada una selección objetiva e imparcial, es necesario que los contratos celebrados se firmen bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega, esto es, observando el principio de eficiencia, en el entendido de que su desarrollo se haga con celeridad y en estricto cumplimiento de las obligaciones pactadas. En el mismo sentido, Miranda Medina (2016) refiere la escogencia de contratistas como uno de los principales deberes de la administración, en tanto la selección objetiva es un deber —regla de conducta— en la actividad contractual; un principio que orienta los procesos de selección (pp. 81-82).

En relación con el principio de responsabilidad, este se predica de las actuaciones (acciones y omisiones) y actividades adelantadas por las partes en las etapas de un proceso contractual, como quiera que estas deben ejecutarse en un marco de legalidad, honestidad y buena fe, con apego a la normatividad y principios, so pena de cualquier tipo de responsabilidad.

Específicamente, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos, señala de manera expresa que estos responderán disciplinaria, civil y

penalmente por sus acciones y omisiones en la actividad contractual según los términos indicados en la Constitución y la ley.

Un ejemplo claro de vulneración de este principio es el delito de celebración indebida de contratos, que se manifiesta al contratar sin el lleno de los requisitos legales y, pese a ello, ejecutar el objeto contractual; tal hecho genera para el servidor público responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria.

Ahora, y en relación con el principio general del derecho de la buena fe, aplicable a la contratación pública, Escobar Gil (1999) señala:

... el principio general de la buena fe tiene una especial aplicación en las relaciones jurídicas bilaterales (C.C. art. 1602 y C. Co. Arts. 863 y 871) e impone a las partes la obligación de actuar con honestidad, lealtad y una actitud de cooperación en la etapa de formación de la voluntad contractual, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (p. 230).

Así las cosas, tratándose de la gestión contractual en cabeza del Estado, los principios infunden valores éticos en dicho ejercicio, de manera que los procedimientos administrativos adelantados por la entidad competente estén encausados para lograr el cumplimiento de los fines estatales. Una vez el valor ético inspira al principio y éste se consagra en la ley, adquiere el rango de garantía para las partes que intervienen en la relación contractual, pues cuando el ordenamiento legal falla en su aplicabilidad e interpretación para dar solución a un problema jurídico, el principio (constitucional, general o legal) se erige como criterio para resolver la controversia que se suscita. En este sentido, Expósito Vélez (2003) precisa que “en cuanto a los principios generales, es sabido que, cuando no sea posible resolver una situación jurídica de

acuerdo con la analogía, se debe recurrir a ellos para solucionar la cuestión sometida a conocimiento” (p. 537).

II. El procedimiento de selección de contratistas del Estado como actuación administrativa.

Los procedimientos de selección de contratistas del Estado están plenamente regulados por la ley y son adelantados por la Administración, con el fin de escoger al mejor proponente para celebrar un contrato estatal. Inician, de manera general, con la fase de planeación, estudios previos, invitación pública y evaluación y finalizan con la suscripción del contrato. Se trata de procedimientos administrativos regulados por normas de carácter público, como son la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el actual Decreto 1082 de 2015, entre otros.

Al inicio de cada anualidad, la Administración elabora un plan de adquisiciones o un presupuesto, con el fin de establecer los servicios, bienes o productos requeridos. La gestión contractual inicia con una fase previa o precontractual, en la que se efectúa un análisis de las necesidades del servicio, esto es, verificar el impacto de este y la importancia para la Administración de suplir la misma; también se efectúa un estudio de mercado, con el fin de determinar el valor o presupuesto requerido para adquirir un servicio o producto, basado en diferentes cotizaciones.

Con dicha información se elaboran los estudios previos, y el proyecto de pliego de condiciones, un borrador por medio del cual se fijan las pautas, condiciones y directrices de todo el proceso contractual, tanto de la modalidad de selección como de la oferta.

Una vez efectuados los estudios requeridos, la Administración da inicio al proceso como tal, mediante la expedición del acto de apertura, que se constituye en un acto administrativo.

Así mismo, expide el pliego de condiciones, en el que se consignan los elementos esenciales del contrato, como valor, objeto, especificaciones técnicas, forma de pago, obligaciones de las partes, requisitos habilitantes, etc.

En ese orden, y una vez convocado el proceso contractual, se presentan las ofertas y se evalúan, con el fin de verificar la mejor, atendiendo ya sea el factor precio o el factor calidad, teniendo en cuenta la modalidad de contratación utilizada en el proceso; de esta etapa surgen otros actos desde el Comité Evaluador, como lo son el acta de evaluación de las propuestas y la respuesta a las observaciones de la evaluación cuando sean presentadas dentro del término por el oferente que no esté de acuerdo con la calificación.

Finalmente, y teniendo la mejor propuesta, después de todo un proceso de selección objetiva, la entidad procede a la expedición del acto de adjudicación del contrato, y seguidamente al perfeccionamiento del mismo con la suscripción de este, de lo que se genera la etapa contractual del proceso.

En esta etapa, se procede a desarrollar y ejecutar las obligaciones del contrato atendiendo las especificaciones técnicas requeridas por el ente estatal.

Así las cosas, en los procedimientos contractuales, por regla general, se presentan las siguientes etapas:

1. Previa (disponibilidad presupuestal, estudios previos, análisis del mercado);
2. Apertura del proceso contractual (invitación pública);

3. Presentación de propuestas u ofertas;
4. Evaluación;
5. Observaciones sobre el resultado de la evaluación;
6. Adjudicación o declaratoria de desierta;
7. Celebración del contrato.

Por tanto, estamos frente a un procedimiento de carácter público, como quiera que cualquier persona natural o jurídica puede participar como proponente en los procesos de contratación, o como veedores ciudadanos, para vigilar el cumplimiento de los fines estatales.

También es un procedimiento reglado, es decir, que toda la actividad contractual está plenamente regulada en la ley, libre de cualquier voluntad particular administrativa, aún en las modalidades sencillas como la contratación directa, lo que implica la observación y el acatamiento de los requisitos establecidos y determinados por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se rige y está sometido a los principios rectores de la contratación estatal.

El Estatuto Contractual prevé que las actuaciones de contratante y contratistas en la actividad contractual deben regirse por los principios de transparencia, economía y selección objetiva, sin olvidar los postulados que regulan la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Al respecto, el Consejo de Estado (Sentencia del 27 de enero de 2016) manifestó:

Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por

consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también asegura la eficacia de todos los principios que la rigen y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general, lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, respecto al componente procedimental de la selección de contratistas del Estado consideramos que el respeto al debido proceso implica, de conformidad con el art. 29 de la Carta, que se actúe y se falle por la autoridad competente conforme a las leyes preexistentes al acto materia de decisión y con observancia de las formas propias de cada juicio, teniendo en cuenta el derecho defensa y de contradicción. Al respecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007², eleva el mismo a principio rector en materia sancionatoria de la actividad contractual, de

² Ley 1150 de 2007 artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto, entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

tal manera que si el debido proceso resulta lesionado y se demuestre una actuación que implique desconocimiento o merma de las correspondientes garantías, dicha violación afectará los derechos sustanciales de cualquiera de las partes.

Al respecto Chaves Villada (2015) expresa: “En esa medida y por la sensibilidad que implican las relaciones del Estado con los particulares, en las que el primero debe despojarse de su gran fortaleza y mantener una relación jurídicamente estable con sus contratistas, el debido proceso se convierte en un pilar de la actividad contractual, puesto que esta implica diferentes actuaciones administrativas que se pueden identificar en tres momentos, a saber: a. la etapa precontractual, b. la etapa contractual, y c. la etapa pos contractual” (p. 25).

Ahora bien, las normas administrativas deben ser aplicadas, teniendo en cuenta el debido proceso y las garantías mínimas que de allí se derivan. Las potestades del Estado en materia administrativa no pueden desconocer los principios de celeridad, economía, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia y contradicción.

De otra parte, la legislación contenciosa administrativa recoge en sus principios orientadores la celeridad, la publicidad y la contradicción de todas las actuaciones administrativas. Las potestades de la Administración deben ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien, o un derecho, revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto o declarando la ocurrencia de un siniestro garantizado con una póliza de estabilidad.

Al respecto, el Consejo de Estado (14821/1998 de 24 de septiembre), indicó:

El procedimiento administrativo que debe seguirse en las actuaciones contractuales.

El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señala que “las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales”, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de dicha ley.

De la normatividad del C.C.A. citada por la actora como infringida merece resaltarse el artículo 3° en cuanto señala que todas las actuaciones administrativas deben regirse por los principios orientadores, de los que se destaca la utilización de las normas de procedimiento para agilizar las decisiones (principio de economía), que se logre la finalidad con los procedimientos aplicados (principio de eficacia) y fundamentalmente que los interesados tengan la oportunidad “de conocer y de controvertir estas decisiones por los medios legales (principio de contradicción).

En este orden de ideas, se puede concluir que todo procedimiento contractual y de selección debe estar sometido a los principios de eficiencia, economía, transparencia y selección objetiva, entre otros, como quiera que garantizan que el proceso responda a criterios meramente imparciales que se basen en la verificación económica, de experiencia y capacidad legal, de acuerdo con lo señalado en la invitación pública o pliego de condiciones que impida valorar subjetivamente a los proponentes. La contratación tiene una estructura definida en principios rectores aplicables a los procedimientos de selección de contratistas; esto genera una estrecha relación entre el objeto de la contratación (la satisfacción de la necesidad) y la manera como el Estado debe escoger al contratista.

Finalmente, con respecto a los procedimientos administrativos para la selección de contratistas, la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se modificó la Ley 80 de 1993, reguló nuevos temas sobre las modalidades de selección, publicidad, RUP y SECOP.

Tal disposición indicó cuatro modalidades de contratación: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos (abiertos) y contratación directa (cerrado), todas estas sujetas a los principios contractuales, debidamente reglados.

Respecto del concurso de méritos, es una modalidad de selección de contratistas, en la que son utilizados como criterios de selección la experiencia, la capacidad intelectual y la organización de los proponentes.

Por su parte, el proceso de mínima cuantía es un procedimiento sencillo para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad, y puede aplicarse a todos los objetos de contratación sin importar la naturaleza del contrato. Las entidades públicas, aunque consideren que los elementos a contratar son de características técnicas uniformes y de común utilización, si el valor estimado oficial supera el 10% de la menor cuantía, establecerán que su modalidad no será la subasta inversa, sino la mínima cuantía.

III. Contrato de Consultoría. Caracterización en el derecho interno y la Doctrina Extranjera.

Respecto de los antecedentes del contrato de consultoría, Burbano Ortiz (2010) señala que estos se remontan al Derecho Romano, que se asimilaba o guardaba las características propias del contrato de arrendamiento. Al respecto explica:

El contrato de consultoría encuentra sus raíces en el Derecho Romano. Su antecedente más remoto lo hallamos en el Contrato de Arrendamiento, que, al inicio, se asimilaba al Contrato de Compraventa que ya en esa época implicaba la entrega de una cosa por un tiempo determinado a cambio de un precio.

La evolución de esta figura se debió a los cambios generados en la forma de vida de las pequeñas comunidades, ante la necesidad de trasladarse a otros lugares, haciendo constantes viajes, generando un gran movimiento comercial que propiciaba la conquista de nuevos mercados y productos, lo que coincidió con el auge de los descubrimientos y de grandes movimientos migratorios.

La figura que representó el contrato que involucra la compraventa es la Locatio Conductio, que implicaba la “cesión de una cosa para su goce, la prestación de un trabajo o servicio y la de una obra (el operarum operaris) mediante una remuneración o renta.”

Esta orientación del derecho romano fue acogida por el Código Civil francés en lo que respecta al arrendamiento de cosas y de obra. De igual manera, nuestro código civil acogió la división del derecho romano en lo atinente al contrato de arrendamiento que incluye la división de arrendamiento de cosas, de criadas domésticas, de confección de obra material, de servicios inmateriales y de transporte.

El artículo 1973 del Código Civil colombiano señala que “el arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado” (p. 5).

En la actualidad, la normatividad que regula la consultoría en Colombia se aloja en el Estatuto General de Contratación Pública, consagrado en la Ley 80 de 1993. Dicha norma ha sido objeto de varias modificaciones y derogaciones por la Ley 1150 de 2007, por la que se consagran medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dicta otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, y por la Ley 1474 de 2011, por la que se expide el Estatuto Anticorrupción, que regula algunos aspectos sobre responsabilidad y factores de selección en la consultoría, modificando así la Ley 1150 de 2007.

El Estatuto de Contratación Pública encuentra sus antecedentes en el Decreto 222 de 1983, por medio del cual se expiden normas de contratación de la Nación y se dictan otras disposiciones. El capítulo 5 de este Decreto se concentra en la regulación de la consultoría y, su artículo 115³, detalla las actividades que ella la comprende tales como proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, entre otros.

En el artículo 116 se señala expresamente que “los consultores serán seleccionados por el procedimiento del concurso de méritos”. Seguidamente el artículo 118⁴, indica cuándo podían celebrarse directamente contratos de consultoría y reguló la necesidad de autorización previa para entidades descentralizadas, en consideración a la cuantía de la contratación.

³ Decreto 222 de 1983 artículo 115. Son contratos de consultoría los que se refieren a estudios requeridos previamente, para la ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos especificados, así como a las asesorías técnicas y de coordinación. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría misma en el desarrollo de los contratos de consultoría y la ejecución de estudios, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas.

⁴ Decreto 222 de 1983 artículo 118. Podrán celebrarse directamente contratos de consultoría:

a) Cuando el valor del contrato sea inferior a cinco millones de pesos (\$5'000.000.00); b) Cuando el Consejo de Ministros lo considere conveniente; c) En el caso previsto en el inciso segundo del artículo 40 sobre normas comunes a los concursos de méritos. Cuando una entidad descentralizada pretenda contratar directamente consultores y el valor del contrato sea superior a dos millones de pesos (\$ 2'000.000.00), se requerirá autorización previa del ministro o jefe del Departamento Administrativo a cuyo despacho esté adscrita o vinculada.

Posteriormente, y con ocasión de la derogatoria que trajo consigo el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, se consagra sobre el contrato de consultoría, en el artículo 32 numeral 2, lo siguiente:

Son contratos de consultoría los que las entidades estatales celebren referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría, la gerencia de obra o de proyectos, la dirección, la programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Si bien la citada norma no define qué es una consultoría, sí indica las actividades que hacen parte de ella: se trata de labores a desarrollar por personas con conocimientos técnicos especializados, concretamente, la elaboración de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad y factibilidad para programas o proyectos específicos, asesorías, gerencia de obras o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Para Parra Gutiérrez (1998), la Consultoría está dirigida principalmente para canalizar las diferentes áreas de las ingenierías y de la arquitectura, sin perjuicio del estudio y examen de otras áreas de conocimiento propias de la administración pública (p. 143).

Por su parte, Parra Parra (2001) señala que la Consultoría consiste en un contrato en virtud del cual una parte denominada consultor se obliga a prestar un servicio de asesoría de corte técnico, profesional o especializado a una entidad estatal, a cambio de una suma de dinero (p. 45).

Al respecto, el Consejo de Estado (30832/2006 de 30 de noviembre) manifiesta:

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría, la gerencia de obra o de proyectos, la dirección, la programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Según lo expresado por Gordillo (1997), se trata de un vínculo contractual entre la Administración y un profesional altamente calificado, cuya idoneidad le permite desarrollar las actividades especializadas previstas en la norma referida (p. 21). Este mismo autor (1981) ubica al contrato de consultoría como “locación de obra o de servicios de carácter intelectual” y en cuanto a su objeto señala “que no puede ser otro que el de proveer a la administración con el más calificado consejo que se pueda proporcionar” (p.873).

Desde esta perspectiva, el consejo calificado que entrega el consultor genera efectos técnicos y económicos, pues esta necesidad de consulta de la administración la compone, sin duda, la falta de conocimientos especializados en cierta materia, y que posiblemente será la motivación en la toma de decisiones de gran envergadura por parte de la entidad estatal. Por ejemplo, una Alcaldía Municipal contrata un consultor para la elaboración de los estudios y diseños para realizar la obra pública del Acueducto del municipio, con el fin de que con la información entregada por el consultor, el Alcalde gestione los recursos para la futura realización de la obra.

La doctrina ha definido los contratos de consultoría como “negocios jurídicos cuyo objeto requiere de la aplicación de conocimientos especializados para la elaboración de un trabajo intelectual. Esto hace que el procedimiento para la escogencia del contratista deba tener unas

características especiales, pues el proceso debe fortalecer la ponderación de aquellos ítems como la propuesta técnica, la experiencia y el equipo de trabajo del proponente” (Reyes Yunis, 2007, p.26).

En la práctica, dadas las similitudes existentes entre el contrato de consultoría y la prestación de servicios, a partir de la especialidad de la labor, el Consejo de Estado tuvo que establecer por vía jurisprudencial las distinciones entre uno y otro contrato. Dicho órgano precisó que el común denominador en ambas relaciones contractuales es el elemento intelectual, sin embargo el factor diferencial es el objeto, es decir, si lo requerido es brindar asesoría, ejercer labores de control y supervisión relacionados directamente con proyectos de inversión, infraestructura, tecnológicos o técnicos, el contrato a celebrar es el de consultoría necesariamente, tal y como lo expresa Suárez Beltrán (2014); ahora, si la actividad a contratar integra el objeto de asesorar, ejercer supervisión e interventoría de otro contrato, se debe atender a las reglas del contrato de prestación de servicios (p. 171).

Frente a este tópico, Suárez Beltrán (2014) precisó que este tipo de contratos detenta un alcance conceptual restringido, debido a que solo se está en presencia de una consultoría, cuando las actividades a contratar sean las descritas en el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; de lo contrario, si la actividad intelectual objeto del contrato no está allí contenida, se estará ante un contrato de prestación de servicios profesionales (p. 171).

Desde el punto de vista del derecho público, Jaramillo Osorio (2002) define el contrato de consultoría como:

Aquel que se refiere a los estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, como una herramienta válida y generalmente previa a la realización de los diferentes proyectos de inversión; con ello se busca,

además, generar confiabilidad en sus asociados frente al manejo adecuado a los recursos fiscales y parafiscales (pp. 195 - 196).

De la misma manera, señaló que este contrato tiene cuatro características, a saber:

1. *Independiente*: Por regla general, es independiente, pues la imparcialidad del consultor es lo que genera la confiabilidad de sus funciones frente al cliente.
2. *Consultiva*: Como ya se explicó, no se contrata los consultores para dirigir organizaciones y mucho menos para tomar las decisiones, que son de competencia exclusiva del cliente o usuario. Sin embargo, sus consejos sí deben estar circunscritos a un momento apropiado y proporcionarlos de una manera adecuada con calidad e integridad.
3. *Cualificada*: El servicio de consultoría debe estar basado en unos conocimientos y capacidades altamente cualificados con el fin de resolver problemas prácticos. Esto se logra cuando se ha acumulado una masa considerable de conocimientos sobre los diferentes problemas y situaciones empresariales, lo que deriva en la obligación de permanecer al día en cuanto a metodología y técnica de consultoría se refiere.
4. *Soluciones originales y reales*: Las soluciones que proporciona la consultoría deben ser originales pero factibles, que no significa que el consultor resuelva mágicamente los problemas (p. 192).

Por su parte, el Consejo de Estado (24996/2013 de 13 de febrero) analizó el objeto del contrato de consultoría, y concluyó que este tiene una particularidad única y especial, que lo diferencia de los demás contratos, y esta es, la técnica del contenido (En el mismo sentido, Dávila Vinuesa, 2016, p. 849).

Burbano Ortiz (2010) cita seis características del contrato de consultoría, en los siguientes términos:

El contrato de consultoría es un contrato BILATERAL, puesto que en virtud del mismo surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. Así el contratista se

obliga a prestar un servicio y la entidad a pagar un precio a cambio del mismo. Y como el dinero es el patrón común o mercancía que sirve de referencia a todos los derechos patrimoniales existentes en el comercio, resulta normal que en este contrato se ofrezca esta contraprestación por el servicio prestado, con el fin de que el Estado obtenga la colaboración del particular contratista para el cumplimiento de las finalidades públicas. Es ONEROSO, por tener por objeto *“la utilidad de ambas partes contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro”*, y es CONMUTATIVO, porque cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Por lo tanto, siguiendo los parámetros del artículo 1498 del Código Civil, encontramos que el precio en dinero que paga la entidad contratante se mira como equivalente al servicio de consultoría que presta el contratista.

Se trata de un contrato SOLEMNE, lo que implica que la manifestación de voluntad de las partes debe constar por escrito -requisito exigido a todo contrato estatal, para que el mismo nazca a la vida jurídica.

Es un contrato TÍPICO, por tener consagración expresa en la ley. Esto debe tenerse en cuenta por cuanto el contrato de consultoría está regulado en la ley 80, siendo el espíritu de la ley incluir una amplia gama de contratos.

Es, como todo contrato estatal, un contrato celebrado INTUITO PERSONAE, es decir que la escogencia del contratista se desarrolla con base en las especiales calidades profesionales y personales del contratista (pp. 20 - 22).

González Iglesias (2002), en la doctrina española, ha categorizado el contrato de consultoría como un contrato menor, atendiendo la cuantía del proceso como tal, que está sometido a un rigorismo formal mínimo, debido a que su trámite es más expedito. Señala como características del mismo la temporalidad, pues solo puede tener una duración de un año sin admitir prórrogas y no están sujetos a una revisión del factor precio (p. 202).

Matallana (2012) indica que habrá lugar a determinar que existe un contrato de consultoría cuando “surjan los estudios y labores que puedan ser desarrollados o construidos o

convertidos en realidades tangibles y materiales. En esos términos, ni un estudio de títulos ni un concepto jurídico podrán ser considerados como consultorías, sino como prestación de servicios profesionales, dado que están relacionados con la administración y el funcionamiento de las entidades que contratan su realización” (p. 957).

De las anteriores definiciones y conceptos, que no son excluyentes entre sí, se pueden identificar algunos rasgos del contrato de consultoría, en el derecho interno y en la doctrina extranjera que, como todo contrato, es un acuerdo de voluntades por medio del cual se presta un servicio independiente especializado, técnico, consultivo, basado en la sólida experiencia del contratista, brindado por personas especialmente capacitadas y calificadas que prestan asistencia, de manera objetiva e independiente. El contrato de Consultoría es un contrato por medio del cual una persona natural o jurídica brinda asesoramiento respecto de un área en la cual se requiere de conocimientos técnicos y especializados, ya sea para la ejecución de proyectos, estudios, etc. Así mismo, para ejecutar labores de interventoría en contratos de obra, entre otros.

En lo relativo, a las actividades que se ejercen en desarrollo de la Consultoría, dentro de nuestro ejercicio profesional hemos identificado que las mismas, en su mayoría, se ejecutan en el área de la Ingeniería.

La celebración del mismo requiere de todas las solemnidades de los contratos estatales, pues debe constituirse por escrito con el lleno de los requisitos legales.

Tal como lo ha precisado Rico Puerta (2008) “Los contratos de consultoría están referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión; diagnósticos; asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventoría, asesorías, gerencia de obra o de proyectos; dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y

proyectos (eventos todos en los que, se reitera, el interventor deberá impartir sus órdenes o sugerencias por escrito, enmarcándolas dentro de los términos del respectivo contrato); lo mismo que los concursos para la selección de consultores de diseños, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos” (p. 365-366).

Finalmente, la consultoría puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas ya sean nacionales o extranjeras que atendiendo lo señalado en la ley cumplan con los requisitos técnicos y legales para celebrar tales contratos con entidades del Estado.

IV. Modalidades de selección de consultores y criterios de evaluación o calificación de ofertas.

a. En el Derecho interno

En el régimen jurídico interno, el contrato de consultoría estaba previsto inicialmente en el artículo 115 del Decreto 222 de 1983, régimen contractual que en su artículo 116 precisó que la selección de consultores debía efectuarse a través del procedimiento del concurso de méritos.

Respecto a las modalidades de contratación el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la selección del contratista se hará a través de las modalidades de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. En el caso de la consultoría la selección se hará exclusivamente a través de concurso de méritos, como lo dispone el numeral 3 de dicha norma:

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de

experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.

La modalidad de concurso de méritos se aplica a la selección de consultores o proyectos, atendiendo la experiencia de los contratistas y los proyectos de desarrollo requeridos por la Administración Pública, procedimiento que va a estar en función no tanto del valor, como de la experiencia del contratista y del producto que este pueda generar para el desarrollo de la Administración.

Respecto a los criterios de selección, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece el principio de la selección objetiva:

“Es objetiva la selección en que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes...”
(Subrayado por fuera del texto original).

Para tales efectos, se deben tener en cuenta cinco criterios establecidos dentro del artículo. El criterio cuarto hace referencia a la selección de los consultores y dispone:

... “4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores.” (Subrayado por fuera del texto original).

Se advierte cómo el factor que permite identificar la oferta más favorable en la modalidad de concurso de méritos es el de calidad, por lo que en el pliego de condiciones deben indicarse de manera clara los criterios de calificación, el puntaje mínimo y las condiciones a acreditar para la adjudicación del contrato. El precio no puede ser factor de calificación o evaluación en el concurso de méritos.

Así mismo, se presenta otra modalidad de contratación establecida en el artículo 94⁵ de la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se adicionó el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como lo es la contratación de mínima cuantía, que no puede exceder el 10% de la menor cuantía de la entidad sin atender el objeto del contrato a celebrar.

Según Expósito Vélez (2013), el régimen de perfeccionamiento del contrato celebrado en mínima cuantía se asemeja al de derecho privado, en el sentido de que el contrato existe a partir

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta sentencia se conoció la acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 por desconocer el principio de unidad de materia legislativa. El actor afirmó: “No hay coherencia entre el núcleo esencial de la Ley 1474 de 2011, que busca prevenir y controlar la corrupción, y el contenido del artículo 94”. La Corte consideró que no se estructuró un verdadero cargo de constitucionalidad, al señalar que “el cargo esbozado respecto del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 se limita a expresar un punto de vista subjetivo del demandante, basado en una mera apreciación de falta de unidad de materia entre el texto normativo acusado y la ley que lo contiene, sin ningún sustento jurídico que desvirtúe ¿por qué la transparencia en la contratación de mínima cuantía no guarda relación con las medidas contra la corrupción implementadas por el Gobierno?”, motivo por el cual se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el asunto.

de la comunicación de la aceptación de la oferta. Ambos documentos, tanto la oferta como su aceptación, deben constar por escrito, siguiendo la formalidad propia del contrato estatal, teniendo como agotadas en un mismo acto la adjudicación y la celebración (p. 103).

Por su parte, el Decreto 734 de 2012 consagró especialmente las etapas de este nuevo proceso para la selección de contratistas, armonizando dicho texto con lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, y teniendo en cuenta que adicionó el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Se colige que se trata de una modalidad sencilla, que no reviste las formalidades propias de los demás procesos de selección, permite a la entidad escoger al contratista para la adquisición de un bien, obra o servicio, considerando como factor de selección única y exclusivamente el precio, condicionado al límite presupuestal (10% de menor cuantía), siendo aplicable a todo objeto contractual⁶, dentro de estos, el contrato de consultoría.

1. Mínima Cuantía

Sobre la modalidad de Mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente elaboró el Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía, en el que señala:

La modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de las Entidades Estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales.

⁶ Con las salvedades previstas en el parágrafo 2° del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

La modalidad de selección de mínima cuantía es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la Entidad Estatal, sin importar la naturaleza del contrato.

En esta modalidad, el precio es el factor de selección del proponente, por lo que la entidad contratante debe escoger la propuesta que cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y ofrezca el menor precio o valor, por tanto, no se valora ni se evalúa la calidad o las características del objeto u especificaciones.

Sobre esta modalidad de contratación, Montes Ospina (2011), indica:

En efecto, el artículo 6 del Decreto 2516, deja entrever la intención del legislador al conferirle a la selección de Mínima Cuantía un procedimiento distinto e independiente al de las demás modalidades de selección, destacando la exclusividad normativa con que cuenta esta modalidad de selección. Veamos:

“Artículo 6. Inaplicabilidad de reglas de otras modalidades de selección. En virtud de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 94 de la ley 1474 de 2011, en desarrollo de los procesos de selección de mínima cuantía las entidades estatales se abstendrán de aplicar reglas y procedimientos establecidos para las demás modalidades de selección, así como de adicionar etapas, requisitos o reglas a las expresamente establecidas en la citada norma y en el presente reglamento.”

La norma transcrita se desarrolló en los términos establecidos en el párrafo segundo del artículo 94 de la ley 1474 de 2011, a saber: “(...) Párrafo 2. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003 ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.

Con las aclaraciones expresamente indicadas, no cabe duda de la exclusividad procedimental que se ha extendido a esta nueva modalidad de selección, como lo son el prescindir de los procesos establecidos en las otras modalidades e incluso la no aplicación del régimen de las Mipymes (Artículo 12 de la ley 1150 de 2007) y lo referente a bienes de producción nacional (ley 816 de 2003); son entonces

actuaciones y/o procedimientos propios de la etapa precontractual para a selección de Mínima Cuantía... (p. 11-12).

El Decreto 1082 de 2015 en el numeral cuarto (4) del Artículo 2.2.1.2.1.5.2., respecto de la selección de mínima cuantía, señala:

La entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de los estudios previos e la invitación pública. Si esta no cumple con las condiciones exigidas por la Entidad Estatal, debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

En virtud de lo anterior, una vez revisadas las ofertas presentadas, el Comité Evaluador deberá verificar el cumplimiento de los requisitos, y establecer cuál de ellas es la primera en razón del precio, sin embargo, si no cumple con exigencias que no son subsanables, seguirá con la segunda oferta y así sucesivamente, se le adjudicará el proceso a quien cumpla con todos los requisitos, mediante carta de aceptación de la oferta, que junto con la oferta del oferente adjudicatario sería el contrato; si ninguna de las ofertas cumple con las condiciones exigidas, la Entidad deberá mediante acto administrativo declarar desierto el proceso.

En relación con los requisitos habilitantes, el Manual de Colombia Compra Eficiente señala que deben valorarse tres aspectos: la capacidad jurídica, experiencia y la capacidad financiera⁷.

⁷ Manual Colombia Compra Eficiente – Requisitos Habilitantes: 1. Capacidad jurídica: Las personas jurídicas acreditan su capacidad jurídica con el certificado de existencia y representación legal generado por la Cámara de Comercio de su domicilio, que debe haber sido expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de presentación o por la entidad que tenga la competencia para expedir dicho certificado. La entidad estatal debe verificar la capacidad jurídica de una persona jurídica revisando los siguientes aspectos: (a) El objeto social de la persona jurídica para efectos de verificar que esté autorizada para cumplir con el objeto del contrato. El objeto social es transcrito en los certificados de existencia y representación legal, (b) La calidad de representante legal de quien suscribe la oferta, lo que se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal, (c) Las facultades del representante legal de la persona jurídica para presentar la oferta y obligarla a cumplir con el objeto del contrato, que se verifica con la inscripción del representante en el certificado de

Los interesados en la invitación deben consultar en la página del SECOP (Sistema Electrónico de la Contratación Pública) la publicación del proceso, y revisar si se presentaron modificaciones, hacer observaciones, verificar los informes de evaluación y demás.

Con respecto a las garantías, en este tipo de procesos no es obligatoria la suscripción de las mismas, salvo que, en el momento de la elaboración de los estudios previos por la entidad contratante al elaborar la matriz de riesgos, se verifique un riesgo o peligro que deba ser garantizado mediante una póliza. Sobre este punto, Montes Ospina (2011) agrega:

Si el ordenador del gasto opta por solicitar las garantías aludidas, debe advertirse que es él quien con su firma aprueba el contenido de las pólizas, previo aval del asesor jurídico quien revisa la vigencia y valor asegurado de los amparos consignados en las pólizas. El documento idóneo que respalda el contenido de las pólizas es denominado en la contratación pública como un acta de aprobación de garantías, documento que debe reposar en la carpeta maestra junto con las pólizas de seguros; documentos que son previos a la suscripción del acta de entrega de los bienes objeto del contrato (p. 21).

existencia y representación legal, (d) La ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de la persona jurídica para contratar con el Estado. Este requisito lo debe verificar la entidad estatal con la presentación de una declaración de la persona jurídica en la que esta certifique que ni la persona jurídica ni su representante legal están incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones. Adicionalmente la entidad estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República. La entidad estatal debe verificar la capacidad jurídica de las personas naturales de la siguiente manera: (a) La mayoría de edad, acreditada con la cédula de ciudadanía, para los nacionales colombianos, y con la cédula de extranjería o el pasaporte para los extranjeros. La simple presentación de este documento sirve para acreditar la capacidad jurídica, b) La ausencia de limitaciones a la capacidad jurídica de las personas naturales. Este requisito lo debe verificar con la presentación de una declaración de la persona natural en la que certifique que tiene plena capacidad y que no está incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, y adicionalmente debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República. 2. Experiencia: Las entidades estatales no están obligadas a establecer un requisito habilitante de experiencia en los procesos de contratación de mínima cuantía. Si la Entidad Estatal decide establecer un requisito habilitante de experiencia, este debe ser una consecuencia del Riesgo del Proceso de Contratación, de las características del sector y del objeto del contrato, y debe referirse a la experiencia del oferente en las actividades objeto del Proceso de Contratación. Si la entidad estatal establece requisitos habilitantes de experiencia, debe solicitar copias de contratos o certificados expedidos por terceros que hayan recibido del oferente los bienes, obras o servicios objeto del Proceso de Contratación. 3. Capacidad financiera: La entidad estatal puede exigir una capacidad financiera mínima en los procesos de contratación de mínima cuantía cuando paga antes de la entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios.

Respecto de los plazos, este es un proceso que se caracteriza por ser ágil, rápido y expedito, teniendo en cuenta que el término para presentar ofertas es de un día hábil contado a partir de la publicación de la invitación, que también debe estar publicada por lo menos durante un día hábil.

En este orden de ideas, para la entidad contratante que desarrolle un proceso de contratación en el servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, si el valor del mismo no supera el 10% de la menor cuantía, su modalidad no será la subasta inversa, sino la mínima cuantía.

Así mismo, el contrato de consultoría puede celebrarse a través de esta modalidad de selección de mínima cuantía, siempre y cuando el valor del mismo no exceda el 10% de la mínima cuantía de la entidad contratante, como quiera que esta modalidad no atiende a la naturaleza del contrato, sino al valor del mismo.

En desarrollo de nuestra investigación⁸, encontramos que existió un Proyecto de Ley (el 057 de 2014, radicado ante la Cámara de Representantes el 30 de Julio de 2014 y publicado en la Gaceta del Congreso No. 410 de 2014) que pretendió adicionar un párrafo⁹ al numeral 6° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para prohibir la mínima cuantía para la selección de consultores por cuanto dicha modalidad no tiene en cuenta el objeto del contrato sino el “factor valor”, proyecto que contó con una ponencia favorable¹⁰ -de noviembre de 2014-, que defendió

⁸ La temática del proyecto de investigación fue inscrita ante la Universidad el 24 de noviembre de 2014.

⁹ “Artículo 1°. Adiciónese un párrafo al artículo 66 del Decreto número 1519 de 2013, que quedará así: *Parágrafo.* En ningún caso, cuando los contratos de consultoría a los que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ~~su valor a contratar no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad estatal~~, podrá utilizarse como modalidad de selección la contratación por mínima cuantía” (Texto resaltado reemplazado en ponencia para primer debate, por el párrafo 3° al numeral 6° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Texto tachado eliminado en ponencia para primer debate).

¹⁰http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=057&p_consec=41093

la idoneidad mejor calificada propia del concurso de méritos, y una negativa¹¹ (s.f.), que consideró los criterios de Colombia Compra Eficiente sobre austeridad de tiempo, medios y gastos y mayor economía en el trámite del proceso de contratación. Sin embargo, la propuesta fue archivada por tránsito de legislatura (art. 190, Ley 5ª de 1992).

Esta situación nos lleva a considerar que el Gobierno Nacional no desconoce la problemática que ha generado la selección de consultores por el procedimiento de mínima cuantía, pues como lo hemos mencionado, los inconvenientes presentados en la práctica contractual de las entidades estatales nos motiva a efectuar un llamado desde la academia, al ejecutivo y al legislador, en tanto deben ejercer sus funciones atendiendo la realidad operacional de la contratación pública en Colombia.

En definitiva, pensamos que la tensión de nuestro caso de estudio se centra en el factor de escogencia de consultores y no en el procedimiento.

2. Concurso de Méritos

Los antecedentes normativos de esta modalidad de contratación reposan en el Decreto 150 de 1976, específicamente, en su artículo 71¹². Seguidamente, fue expedido el Decreto 106 de

¹¹http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=2098&p_numero=057&p_consec=40769

¹² Del concurso de méritos. Los contratos que se refieran a la ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, programación y ejercicio de la interventoría, de cuantía igual o superior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) deberán adjudicarse mediante concurso de méritos, que consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas, y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios.

Cuando su cuantía fuere inferior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) o el Consejo de Ministros lo considere conveniente, estos contratos podrán adjudicarse directamente.

Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de "cuerpo consultivo del Gobierno" y en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas, permita determinar su valor.

1977¹³, por el cual se dictaron normas sobre registro de proponentes, concursos de méritos y presentación conjunta de propuestas. Posteriormente, el artículo 39 del Decreto Ley 222 de 1983, dispuso:

Los contratos de consultoría de cuantía igual o superior a cinco millones de pesos (\$5'000.000.00) deberán adjudicarse mediante concurso de méritos, que consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas, y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios.

Cuando su cuantía fuere inferior a cinco millones de pesos (\$5.000.000.00) o el Consejo de Ministros lo considere conveniente, estos contratos podrán adjudicarse de manera directa.

Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación previa del Gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, en el párrafo del artículo 30, enseña:

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

¹³ Artículo 23. Los contratos que se refieren a la ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, diseños, asesoría, coordinación, dirección técnica, localización de obras, programación y ejercicio de la interventoría, de cuantía igual o superior a quinientos mil pesos (\$500.000.00) y los de construcción por el sistema de administración delegada, de cuantía igual o superior a dos millones (\$2'000.000.00), deberán adjudicarse mediante concurso de méritos. Podrán adjudicarse directamente los mismos contratos: a) Cuando su valor fuere inferior a las cuantías señaladas; b) cuando el Consejo de Ministros así lo autorizare por considerarlo conveniente, aun cuando su valor exceda de dichas cuantías”.

Artículo 24. Los contratos previstos en el artículo anterior se dividen en tres grupos, a saber: a) Los que se refieren al ejercicio de la arquitectura; b) los que se refieren al ejercicio de la ingeniería, y c) los de construcción delegada.

1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio desarrollado por la entidad respectiva en el que se analice la conveniencia y la oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 24 de esta ley, en los que se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso, se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de éstos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los que deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que

retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y el alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo que se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la que enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

5. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

7. De acuerdo con la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes

presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, su objeto y su cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término para la adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se estableció que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa (art. 2).

De conformidad con lo previsto por el numeral 3 del artículo 2° de dicha norma, el concurso de méritos “Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública,

permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes usando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso”.

Finalmente, el Decreto 1082 de 2015, que incorporó las previsiones de los artículos 66 al 72 del Decreto 1510 de 2013, establece de manera general las etapas por medio de las que se efectuará la selección del consultor, al señalar:

Artículo 2.2.1.2.1.3.1. Procedencia del concurso de méritos. Las entidades estatales deben seleccionar sus contratistas a través del concurso de méritos para la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de arquitectura.

El procedimiento para la selección de proyectos de arquitectura es el establecido en los artículos del 2.2.1.2.1.3.8 al 2.2.1.2.1.3.25 del presente Decreto.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 66)

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. La entidad estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.
2. La entidad estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, que debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.
3. La entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.
4. La entidad estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio

ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

5. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, dejarán constancia de ello y la entidad estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

6. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad estatal debe declarar desierto el proceso de contratación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 67)

Artículo 2.2.1.2.1.3.3. Precalificación para el concurso de méritos. En la etapa de planeación del concurso de méritos, la entidad estatal puede hacer la precalificación de los oferentes cuando, dada la complejidad de la consultoría, lo considere pertinente.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 68)

Artículo 2.2.1.2.1.3.4. Aviso de convocatoria para la precalificación en el concurso de méritos. Si la entidad estatal decide adelantar el concurso de méritos con precalificación, debe convocar a los interesados por medio de un aviso publicado en el SECOP que debe tener la siguiente información:

1. La mención del proceso de contratación para el cual se adelanta la precalificación.
2. La forma en la que los interesados deben presentar su manifestación de interés y acreditar los requisitos habilitantes de experiencia, formación y publicaciones, así como la capacidad de organización del interesado y su equipo de trabajo.

3. Los criterios que la entidad estatal tendrá en cuenta para conformar la lista de precalificados, incluyendo la mención de si hay un número máximo de precalificados.
4. El tipo de sorteo que la entidad estatal debe adelantar para conformar la lista de precalificados, cuando el número de interesados que cumple con las condiciones de la precalificación es superior al número máximo establecido para conformar la lista.
5. El cronograma de la precalificación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 69)

Artículo 2.2.1.2.1.3.5. Informe de precalificación. Luego de recibir las manifestaciones de interés y los documentos con los que los interesados acrediten la experiencia, la formación, las publicaciones y la capacidad de organización, la entidad estatal debe adelantar la precalificación de acuerdo con lo dispuesto en el aviso de convocatoria para la precalificación. La entidad estatal debe elaborar un informe de precalificación y publicarlo en el SECOP por el término establecido en el aviso de convocatoria para la precalificación. Los interesados pueden hacer comentarios al informe de precalificación durante los dos (2) días hábiles siguientes a la publicación del mismo.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 70)

Artículo 2.2.1.2.1.3.6. Audiencia de precalificación. La entidad estatal debe efectuar una audiencia pública en la que conformará la lista de interesados precalificados para participar en el proceso de contratación respectivo. En la diligencia, contestará las observaciones al informe de precalificación y notificará la lista de precalificación de acuerdo con lo establecido en la ley. Si la entidad estatal establece un número máximo de interesados para conformar la lista de precalificados y el número de interesados que cumple con las condiciones de precalificación es superior al máximo establecido, en la audiencia de precalificación la entidad estatal debe hacer el sorteo para conformar la lista, de acuerdo con lo que haya establecido en el aviso de convocatoria.

Si la entidad estatal no puede conformar la lista de precalificados, puede continuar con el proceso de contratación en la modalidad de concurso de méritos abierto o sin precalificación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 71)

Artículo 2.2.1.2.1.3.7. Efectos de la precalificación. La conformación de la lista de precalificados no obliga a la entidad estatal a abrir el proceso de contratación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 72)

Este es un proceso de selección de consultores que puede llevarse a cabo por medio de un sistema de precalificación o de un sistema abierto; en el primer caso, es necesario que el oferente manifieste su interés y presente toda la documentación indicada en el proyecto de pliego de condiciones, para que la entidad le permita hacer parte en la conformación de una lista limitada de proponentes. Es preciso señalar que si el proceso de precalificación es para un solo proceso de contratación, se establece la lista corta, mientras que cuando se desarrolla para varios concursos aplica la lista multiusos; después de esta etapa, los oferentes aceptados tienen un término perentorio para entregar su propuesta, quedando a la espera de la evaluación técnica y posterior adjudicación. En el sistema abierto no se hace previa calificación, y permite a todos aquellos interesados en el proceso enviar su propuesta atendiendo los términos de referencia.

A su vez, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 85¹⁴, prevé la obligatoriedad de constituir pólizas de garantía respecto al contrato de interventoría resultante del concurso de méritos.

¹⁴ Ley 1474 de 2011, artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso, el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y la aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7º de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

Conforme al panorama normativo expuesto, surge un problema jurídico a resolver, no por la concurrencia de procesos de selección (concurso de méritos - mínima cuantía) sobre un mismo objeto contractual (contrato de consultoría), sino por el disímil factor de escogencia a considerar por el operador jurídico, en el evento de que se contrate a un consultor bajo la modalidad de mínima cuantía. En efecto, por un lado, mientras dicha modalidad le exige acudir al precio como factor de selección (Ley 1474 de 2011)-, por el otro, respecto del contrato de consultoría reposa expresa prohibición legal de atender a dicho criterio (Ley 1150 de 2007), pues en este caso, se le impone valorar otro tipo de aspectos, como la experiencia y la idoneidad intelectual acorde con la especialidad de la labor.

A saber, es importante traer a colación que actualmente está en curso un Proyecto de Ley de modificación del estatuto de contratación, propuesto por Colombia Compra Eficiente, que establece nuevas modalidades de selección de contratistas y que, en su artículo 71, precisa que las entidades estatales “de acuerdo con lo que más convenga al proceso de abastecimiento” deben utilizar cualquiera de las formas de selección del contratista allí consagradas, estas enlistadas así: i) competencia abierta; ii) competencia restringida con precalificación; iii) competencia restringida con invitación y posterior negociación; iv) compra pública innovadora, y v) contratación directa.

Nótese cómo de cursar dicho Proyecto sin modificaciones y convertirse en Ley, conllevaría varias consecuencias, entre ellas la expedición de un nuevo estatuto de contratación que evitaría la consulta de diversas normas, como se presenta en la actualidad y los procesos de contratación serían más expeditos, al no encontrarse varias formas o modalidades de contratación. Sin embargo, y teniendo en cuenta los cambios que se avecinan, también es cierto

que, a falta de regulación, se presentan diferentes vacíos que pueden ser utilizados en pro de intereses particulares que permitirían una menor exigencia o rigor legal al momento de contratar un bien o servicio, un aspecto que generará inseguridad jurídica, y que en lugar de mejorar y hacer más eficiente el proceso de contratación, podría hacerlo más engorroso y dilatorio, por vacíos normativos.

Finalmente, entendemos que el concurso de méritos en Colombia ha sido una modalidad de selección que las características del contratista han inspirado a elegir, teniendo en cuenta la especialidad del objeto contractual, y que su factor de selección debe tener relación directa con las calidades del futuro contratista.

Ahora, y en desarrollo de lo anunciado en este acápite, resulta oportuno dar una mirada a las modalidades de selección de consultores y criterios de evaluación o calificación de ofertas existentes en países con sistemas jurídicos cercanos al nuestro.

b. Remisión a la Doctrina Extranjera.

Conforme con lo hasta ahora expuesto, se torna relevante entrar a revisar, de modo general, las modalidades de selección adoptadas en otros países, con el fin de verificar la selección del consultor, cuando se requiere de la aplicación de conocimientos especializados, programas proyectos o asesorías técnicas.

Según lo expresado por la doctrina española en materia contractual, los órganos de contratación utilizan dos formas de adjudicación de contratos: estas son la subasta y el concurso de méritos. Al respecto, González Iglesias (2002) señala:

Por lo tanto, el criterio general es que la utilización de las formas de adjudicación de los contratos ha de ser decidida por el órgano de contratación, pero para

determinados contratos la ley se decanta por otorgar una preferencia de una sobre la otra forma de adjudicación. En efecto, así ocurre con los contratos de consultoría y asistencia en los que la subasta quedará reservada a aquellos contratos de escasa cuantía, en los que su objeto ha de ser perfectamente definido técnicamente y no se posible introducir modificaciones de ninguna clase en el mismo, y en los que el precio resulta ser, por lo tanto, el único factor determinante de la adjudicación; sin embargo, el concurso se convierte en la forma normal de adjudicación de estos contratos, salvo, claro está, lo establecido en los arts. 209 y 210 del texto Refundido.

Si bien la subasta ha de versar sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquel, oferte el precio más bajo, en el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en conjunto, haga la proposición más ventajosa teniendo en cuenta los criterios establecidos en los pliegos, sin atender exclusivamente el precio de la misma y sin perjuicios del derecho de la Administración a declararlos desiertos (pp. 212 - 213).

La práctica contractual en España sufre, al igual que el sistema de contratación colombiano, complicaciones en el proceso para la selección de consultores, en especial en aquellas contrataciones de baja cuantía, por cuanto el precio resulta ser el único factor determinante para la adjudicación, sin embargo, al requerirse de conocimientos técnicos especializados, González Iglesias (2002) indica que el concurso de méritos es la forma de adjudicación (p. 214).

Por su parte, en el caso de Argentina, Vaccá y Kleidermacher (1991), citados por Alegría (2006), señalan cuatro modalidades de contratación de consultoría, a saber: a) convencional, b) consultoría dentro de la empresa, c) Gerenciamiento de Proyecto y d) Llave en mano.

Respecto de cada una de ellas, informan lo siguiente:

- a) Convencional: En este caso el consultor se encarga de las actividades más tradicionalmente técnicas, con exclusión, por lo tanto, de aquellas operativas y de gestión. El consultor se limitaría a preparar el proyecto y a asesorar en los procedimientos de selección de la empresa o empresas que harán los trabajos. La Consultora podrá también cumplir funciones conexas con la dirección de los trabajos y en la celebración de los contratos de adquisición de bienes y servicios.
- b) Consultoría dentro de la empresa (*in house*). Esta subdivisión, que no es seguida como tal por otra moderna bibliografía, identifica casos más frecuentes en países de menor desarrollo relativo y en consultorías de menor porte, en las que el consultor se desempeña buena parte de su tiempo en la empresa comitente y utiliza buena parte de sus instalaciones y personal.
- c) Gerenciamiento de proyecto. En este caso, el consultor asume todas las responsabilidades inherentes a las actividades de contenido intelectual en las que, como se ha visto, puede ser desmembrada la ejecución de la obra. El consultor efectúa los estudios preliminares necesarios, elabora el proyecto, selecciona adjudicatarios y proveedores y celebra los respectivos contratos a nombre del comitente, cumple todas las actividades de gestión y coordinación durante la ejecución de la obra, cuida la realización de pruebas y ensayos y, a veces, consigue la financiación necesaria para el mercado financiero internacional para elaborar el proyecto. Se trata de una tarea integral y constituye el término máximo en que puede prestarse el servicio desde el ángulo técnico sin rol empresarial.
- d) Llave en mano. Significaría un grado más avanzado del mencionado en el punto anterior, pues aquí la obra prometida por el consultor concluye cuando la obra principal está disponible y en funcionamiento por el comitente. Debe tenerse en cuenta que en estas contrataciones no se trata de que el consultor lleve a cabo por sí las obras de construcción y las de instalaciones y maquinarias, sino la tarea de encargarse de la evaluación y selección posterior control de la obra, en todos sus detalles, hasta su finalización.
- Tales modalidades de contrato en el derecho extranjero son conocidas como *consulting engineering o ingenierie conseil* (consultoría convencional), comercial

engineering al gerenciamiento de proyecto y *turn key o engineering cle- en –main* (pp. 30 - 32).

En el ejemplo de Chile, Velarde Villela (2001) señala que la modalidad de contratación utilizada para el contrato de consultoría o prestación de servicios es el concurso de méritos, que está regulado en el DS No. 48 MOP de 28 de febrero de 1994, reglamento para la contratación de trabajos de consultoría, que señala:

La consultoría es definida, por este reglamento, como todo estudio, proyecto o asesoría que se estime necesario o conveniente contratar para el cumplimiento de sus objetivos.

La fuente más directa de los contratos de consultoría la constituyen las bases del concurso. Estas se clasifican en bases administrativas y en términos de referencia, las que definen todos los aspectos necesarios para la ejecución del trabajo de consultoría.

En virtud de este reglamento, se consagran los concursos públicos como mecanismos para la contratación de trabajos de consultoría.

La forma de estos contratos puede ser a suma alzada, precios unitarios o tarifas profesionales.

El consultor está obligado a prestar ciertas garantías, tales como la de seriedad de la oferta, o la de fiel cumplimiento del contrato. En virtud de este mecanismo, se resguardan los intereses del Estado.

La solemnidad de estos contratos se manifiesta en sus distintas etapas. En la apertura, con la presencia de una comisión de apertura y el levantamiento de un acta que resume todo lo obrado en este acto. En la celebración del contrato, compuesto por los términos de referencia y bases, preguntas, consultas, respuestas y aclaraciones, como así mismo por la oferta del consultor. Y, finalmente, en la ejecución del contrato, en que el consultor debe emitir informes de avance del

trabajo encomendado, dar las facilidades pertinentes para el control del mismo, y entregar el trabajo dentro de los plazos convenidos (p. 13).

En Ecuador, Palomeque Trelles (2010) indica tres modalidades de selección previstas para el contrato de consultoría, a saber:

Consultoría. Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, la fiscalización, la auditoría y la evaluación de proyectos *ex ante* y *ex post*, el desarrollo de *software* o programas informáticos, así como la asesoría y la asistencia técnica, y consultoría legal que no constituya parte del régimen especial. Los procedimientos para contratar en esta modalidad son: Contratación Directa, Lista Corta y Concurso Público (Negrilla por fuera del texto original).

En El Salvador, García Cachafeiro (1998) señala que para el contrato de consultoría se utiliza la modalidad de concurso de méritos, al decir:

... los procedimientos de selección de los contratistas no han variado mucho, se utiliza el doble criterio: el objetivo, para la determinación inicial del procedimiento de licitación o de concurso, y el cuantitativo, para diferenciar los procedimientos de concurrencia abierta de los demás. Así que la licitación procederá cuando se trate de un contrato de obra pública, suministro y concesión, y el concurso en el caso del contrato de consultoría. Las cuantías son las mismas que las establecidas en el Anteproyecto de septiembre del año pasado.

En Argentina, Cassagne (s.f.) señala de manera clara que cuando se requiere de la contratación de consultorías se debe recurrir al proceso de concurso de méritos, al respecto

indica: “En el orden nacional, el procedimiento de concurso público constituye la regla general para contratar los servicios de consultoría, como también para la designación de profesores de las universidades estatales” (p. 5).

Finalmente, la Federación Panamericana de Consultores (2009) indica que el factor primordial en la selección de consultor debe atender conceptos técnicos y no de precio:

La FEPAC considera que la selección de una empresa para ejecutar cualquier servicio de consultoría debe basarse de preferencia en criterios técnicos, con posterior negociación franca y transparente del precio entre contratante y contratada (*QBS - Quality-Based Selection*).

Entretanto, la legislación de licitaciones públicas en algunos países y las normas de bancos multilaterales adoptan otras modalidades de selección, que obligan a la consideración del precio en la selección de consultores (*QCBS - Quality-and-Cost-Based Selection*). La FEPAC recomienda la adopción de procedimientos especiales para asegurar la mejor contratación e inhibir prácticas capaces de perjudicar la calidad técnica de los servicios de Consultoría de Ingeniería, en las dos modalidades de selección: QBS y QCBS.

En este orden de ideas, se observa que en los diferentes países la modalidad por excelencia para utilizar en la contratación y selección de consultores es el concurso de méritos, teniendo en cuenta que mediante dicha modalidad el factor de selección es la experiencia, por cuanto se analizan las condiciones técnicas de la propuesta, la idoneidad y la experiencia desarrollada en la labor requerida, siendo el oferente que cumpla con las condiciones exigidas a quien sea adjudicado el contrato. En esta modalidad no se atiende el factor del precio o la

propuesta de menor valor, pues en este tipo de contratos lo que prima es la capacidad intelectual, la calidad del servicio o producto y la organización del equipo.

Así las cosas, los criterios de evaluación son la experiencia, la capacidad y la organización. Se repite: no se evalúa la propuesta económica del oferente, en ese caso solo es verificable que dicha oferta no exceda el presupuesto estimado para el correspondiente contrato.

Si bien, en países como España y Ecuador existen de forma alternativa otras modalidades de selección, es claro que la modalidad utilizada para los casos de contratación de consultoría es el concurso de méritos, atendiendo las garantías de calidad y eficiencia que este ofrece y que se requieren en el desarrollo y cumplimiento del objeto contractual.

Será pertinente, en la segunda parte de esta investigación, analizar la selección del consultor en la contratación pública, a través de la modalidad de invitación pública de mínima cuantía, con el fin de establecer los criterios determinantes de escogencia y si con esta modalidad son violados los principios de selección objetiva y eficiencia.

De la misma manera, se deberá establecer o brindar una solución frente a la aplicación de la normatividad existente que brinda y avala la posibilidad de celebrar contratos de consultoría, bajo dos modalidades de contratación establecidas para los citados contratos, que exigen en el desarrollo de actividades especializadas, en un campo específico, sobre estrategias que permitan identificar, elaborar, planificar y evaluar proyectos en los ámbitos de desarrollo, diseño o evaluación de factibilidad, labores de investigación o la supervisión.

Conclusiones

1. En la gestión contractual, la selección objetiva se convierte en el principio superior de la contratación estatal, lo que implica que la Administración tiene el deber legal de

seleccionar la oferta más favorable para el interés de la comunidad. Otros principios constitucionales aplicables a la contratación estatal son la eficiencia, la economía, la transparencia, la igualdad, la responsabilidad y la celeridad, que también gobiernan la función administrativa.

2. Los procesos a través de los cuales el Estado selecciona a sus contratistas obedecen a un procedimiento debidamente reglado, fundado en los principios constitucionales, generales y legales que rigen la contratación estatal, ello por cuanto el ejercicio de la función administrativa contractual requiere de criterios orientadores que sirvan al Estado de guía para aplicar e interpretar las normas atinentes a la materia, en específico a los procesos de escogencia.
3. La ley determina las modalidades de selección en materia de contratación, en las que establece de manera clara el trámite y el procedimiento para seguir en cada uno de ellos y la obligación de indicar la necesidad del servicio o producto pretendido en favor de la comunidad y el interés general, para posteriormente adoptar la modalidad adecuada, de manera objetiva y acorde a lo requerido. Un ejemplo de ello es el contrato de consultoría, establecido en el artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993. Para este tipo de contrato, la ley estableció, como regla general, la modalidad de contratación denominada concurso de méritos, esto de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3°, artículo 2° de la Ley 1150 de 2007; sin embargo, debido a que la modalidad de selección de mínima cuantía permite la contratación de cualquier objeto, la Administración puede hacer uso de este procedimiento para tal efecto, esto sujeto al límite presupuestal ya mencionado.

4. La modalidad de mínima cuantía permite la contratación de cualquier objeto, condicionando el proceso al límite presupuestal señalado en la Ley 1474 de 2011, y teniendo como factor de escogencia única y exclusivamente el precio más bajo; en el evento de utilizar esta modalidad para selección de consultores, la ley si bien prevé que el factor de escogencia para este tipo de contratos (consultoría) es la experiencia e idoneidad intelectual y bajo ninguna circunstancia lo será el precio, habilita igualmente que sea, este último y el menor, el criterio determinante de la selección.
5. Se presenta una concurrencia de normas que permiten o avalan en principio la adopción de dos formas de contratación para los contratos de consultoría, presentándose un conflicto normativo, pues se trata del mismo contrato bajo dos modalidades con factores de selección que son excluyentes, como quiera que en una, se trata del precio, y en otra la experiencia.
6. Ante la divergencia normativa que se suscita, el operador jurídico debe resolver con base en los principios rectores de la contratación estatal que se erigen como pautas orientadoras que permiten sobreponer a la insuficiencia formal un valor superior de orden sustancial, como lo es, no solo la objetividad en la selección, sino además el aseguramiento de la calidad del objeto contratado, dados los conocimientos técnicos y especializados que se requieren del Consultor, aspecto que no se satisface en lo más mínimo si se considera al precio más bajo como factor de selección y garantía contractual, so pretexto de vulnerar de paso el principio de planeación.
7. Al adoptar una modalidad de contratación que no tenga en cuenta para el contrato de consultoría la especialidad y la rigurosidad del mismo, permite que en su ejecución los proponentes elegidos en razón del precio no satisfagan los fines estatales y mucho

menos el interés general, entonces se corre el riesgo de que los contratos celebrados sean incumplidos o prestados con un nivel bajo de calidad. Para evitar lo anterior, y dar una posible solución, será necesario acudir no solo a los principios de la contratación estatal antes citados, sino también a otros principios de carácter civil, que permitan determinar la prevalencia de una norma sobre otra, atendiendo a tres criterios: jerarquía normativa, en el que prima la norma superior; la especialidad, que enseña cómo la norma especial prevalece sobre la general, y la temporalidad, conforme a la que se aplica la norma posterior sobre la primera. Con base en lo anterior, podrá resolverse el problema jurídico planteado, y verificar la existencia de la posible violación de principios contractuales bajo el amparo de normas jurídicas.

8. Finalmente, queda demostrado cómo en la doctrina extranjera, pese a que existen otras modalidades, se da prevalencia al concurso de méritos para la contratación de consultorías, adoptando la experiencia como factor de selección y atendiendo tanto las funciones técnicas como la idoneidad requerida para ejecutar el objeto contractual.

Referencias bibliográficas

Doctrina

1. Alegría, H. (2006). Contrato de consultoría, en *Revista Latinoamericana de Derecho* (5), 2. Recuperado el 14 de noviembre de 2016 de http://file:///D:/Desktop/TATY/Contrato%20de%20consultor%C3%ADa%20_%20Alegr%C3%ADa%20_%20Revista%20Latinoamericana%20de%20Derecho.html
2. Burbano Ortiz, B.L. (2010). *Evolución del contrato de consultoría en Colombia y Responsabilidad de interventores y asesores* (Tesis de Grado de Maestría en Derecho Público). Bogotá, Colombia.
3. Campos Monge, C. (2007). Contratación pública y corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa). En *Revista de Ciencias Jurídicas*, (112), (171-218). Recuperado de file:///D:/Documentos/Descargas/9743-13744-1-PB.pdf
4. Castro, C. (2011). *Transparencia y Lucha Contra la Corrupción en la Contratación Estatal, en La Ley 1150 de 2007, una respuesta a la eficacia y transparencia en la Contratación Estatal La Nueva Contratación Publica en Colombia*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.
5. Cassagne, J. C. (Sin fecha). *Los procedimientos de selección del contratista estatal*. Argentina. Texto recuperado del vinculo <http://todosxderecho.com/recopilacion/33%20Derecho%20Procesal%20Administrativo/LOS>

6. Chaves-Villada, J. E. (2015). *El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales*, 130 Vniversitas, pp. 91-134.
Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ddpa>
7. Dávila Vinueza, L. G. (2010). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. 2ª ed. Editorial Legis. Bogotá, citado por Quintero Preciado, D.H. y Merolla Contreras, A.M. (2012).
8. Dávila Vinueza, L. G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. 3ª ed. Editorial Legis. Bogotá.
9. Escobar Gil, R. (1998). *Teoría General de los contratos de la administración pública*. Editorial Legis. Bogotá.
10. Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y Contenido del Contrato Estatal*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
11. Expósito Vélez, J.C. (2003). *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

12. Federación Panamericana de Consultores (FEPAC). *Lineamientos y recomendaciones de la FEPAC para la selección y contratación de servicios de consultoría* (Noviembre 2009)
Recuperado el 5 de noviembre de 2015 de <http://www.fepac.org/>.
13. García Cachafeiro, M.J. El régimen jurídico de los contratos celebrados por la administración pública, el anteproyecto de ley de adquisiciones y contratos del Estado, en *Revista de ciencias sociales y humanidades Realidad* (63) mayo - junio de 1998, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas - UCA, El Salvador.
14. Gordillo, A. (1997). *El contrato de servicios de consultoría*, Parte General [En línea].
Recuperado el 5 de noviembre de 2015, de <http://www.gordillo.com/tomo1.html>.
15. Gordillo, A. (1981). *El precio y la responsabilidad en el contrato de consultoría*. Recuperado el 5 de noviembre de 2015, de http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca5.pdf.
16. González, E. (2010). Serie Derecho Administrativo No 10. *El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
17. González Iglesias, M. A. (2002). *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Marcial Pons, Madrid.

18. Herrera Barbosa, B. (1997). Principios de la Contratación estatal en A.A.V.V. Pinno Ricci, J. (comp.) *Régimen de contratación estatal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
19. Jaramillo Osorio, M. E. (2002). La Consultoría de empresas y el contrato de consultoría como contrato estatal, en *Letras Jurídicas*, Vol. 7, N° 1, pp. 189 a 197, Medellín.
20. Lucas Ortegón, C. (2017). Actividad contractual de entidades territoriales a la luz de los principios de la contratación estatal. En *Advocatus*, 14(28), (215-239). Recuperado de <file:///D:/Documentos/Descargas/764-3145-1-PB.pdf>
21. Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente {En línea}. Consultado el 12 de diciembre, 2016. Disponible en internet en: http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia_web_03_0.pdf.
22. Matallana, E. (2009). *Manual de contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
23. Méndez, Rúa F.A. (2016). *Reflexión crítica de la Selección de Consultores a través de la contratación de mínima cuantía*. Universidad Pontificia Bolivariana, Bogotá.
24. Miranda Medina, M.J. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana, en *Revista verba iuris*, 11(35), Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/35/seleccion-objetiva.pdf>.
25. Montes Ospina, J.A. (2011). *Implementación de una hoja de ruta de la modalidad de selección de Mínima Cuantía*. Recuperado de

http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1685/Juan_Alberto_Montes_Ospina.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

26. Mutis Vanegas, A. y Quintero Múnera, A. (2000). *La contratación estatal: Análisis y perspectivas*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
27. Orrego Lombana, G. (2016). *Contratación Estatal La declaración administrativa de caducidad del contrato estatal*. Recuperado de <http://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/ebook/2016/Contratacion-Estatal.pdf>.
28. Pachón C. (2004). *Estatuto General de la Contratación Pública*, 4ª ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá., citado por Quintero Preciado, D.H. y Merolla Contreras, A.M. (2012).
29. Palomeque Trelles, A.L. (2010). *Evaluación de los Procesos de Contratación Pública en la Ilustre Municipalidad del Cantón Morona durante 2008 y 2009* (Trabajo de grado, Universidad Católica de Cuenca) Recuperado de <http://dspace.ucacue.edu.ec/bitstream/reducacue/531/4/AIDA%20PALOMEQUE%2032%20INFORME.pdf>.
30. Parra Gutiérrez, W.R. (1998). *Los Contratos Estatales*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. pág. 143.
31. Parra Parra, J.E. (2001). *El Contrato de Interventoría*. Colección de Estudios Breves. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Pág. 45.

32. Proyecto de Ley 057 de 2017. Senado de la República de Colombia. Recuperado de <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/textos-radicados-2013-2014/329-proyecto-de-ley-057-de-2014>.
33. Quintero Preciado, D.H. y Merolla Contreras, A.M. (2012). *Interacción de los principios funcionales de la administración pública en la contratación estatal*. Universidad Militar Nueva Granada. Documento recuperado del siguiente enlace: <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/7839/1/QuinteroPreciadoDianaHerlinda2012.pdf>.
34. Reyes Yunis, L. (2007). *Ley de contratación administrativa*, 1ª ed. Universidad del Rosario. Bogotá.
35. Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis.
36. Safar Díaz, M.S. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
37. Santamaría-Pastor, J.A. (2002). *Principios de derecho administrativo*, volumen II, tercera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid.

38. Santofimio Gamboa, J.O. (2004). *Tratado de derecho administrativo, T. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia*. (pp. 143 y ss.).
39. Silva Fajardo, G. (2008). Efectos derivados del cambio del factor calidad por el factor precio en la contratación de la ingeniería de consulta, en *Revista Ingeniería* No. 27, Universidad de los Andes. ISSN. 0121-4993. Bogotá.
40. Solano Sierra, J. (2010). *Contratación Administrativa*. 4ª ed. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.
41. Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*, 1ª ed. Editorial Legis. Bogotá.
42. Velarde Villela, M.A. (2001). *Los contratos administrativos en la legislación chilena contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales*. (Tesis de maestría, Universidad de Chile) Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114698>

Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016). Exp. 49.847.

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección A. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Exp. 24996.

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección B. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012). Exp. 21489.

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Dr.

Enrique Gil Botero. Sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Exp. 36054.

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera M.P. Dr.

Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Exp. 30832.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-818 del nueve (9) de agosto de 2005. M.P. Dr.

Rodrigo Escobar Gil. Exp. 5521.

Colombia, Consejo de Estado sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez en

sentencia de 31 de marzo de 2005. Expediente 2002 2739 01.

Colombia. Consejo de Estado, Magistrado Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del veinticuatro

(24) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Exp. 14821.

Colombia. Corte Constitucional, Magistrado María Victoria Calle Correa. Sentencia del dos (02)

de julio de dos mil catorce (2014). Exp. D 10022.

Normatividad

Congreso de la República (2 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. (Decreto 222 de 1983) DO: 36.189.

Congreso de la República (28 de octubre de 1993). Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación. (Ley 80 de 1993) DO: 41.094.

Congreso de la República (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. (Ley 1150 de 2007) DO: 46.691.

Congreso de la República (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (Ley 1474 de 2011) DO: 48.128.

Congreso de la República (13 de abril de 2012). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones (Decreto 734 de 2012) DO: 48.400.

Congreso de la República (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional (Decreto 1082 de 2015). DO: 49.523.

Segundo artículo

La selección del consultor del Estado por la modalidad de invitación pública de mínima cuantía. Un procedimiento violatorio de los principios de selección objetiva y eficiencia.

Introducción

De manera general, para la selección de sus contratistas la Administración Pública está sujeta inicialmente al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios o pilares fundamentales previstos en el artículo 1°, esto es, que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, así mismo, el artículo 2° de la Carta Superior, cuyo tenor literal reza: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Igualmente, el artículo 3° del texto Constitucional preceptúa que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales.

Con base en el panorama Constitucional referido y en pro del interés general, el Estado se ve obligado a celebrar contratos con gran diversidad de objetos, pero siempre motivados por la satisfacción de las necesidades de la comunidad (deber ser), no obstante, ante la incapacidad técnica, profesional, intelectual, logística o administrativa para cumplir a cabalidad sus deberes,

debe valerse de los particulares a través de las distintas modalidades de contratación y atendiendo los diferentes bienes o servicios a adquirir, dotar o brindar, lo cual implica adelantar todo un proceso contractual que debe estar ceñido o sujeto al estatuto de contratación, y basado en los principios constitucionales y legales rectores en la materia.

Es así que una vez determinada la actividad a ejecutar, el servicio a prestar o adquirir o los bienes a obtener, la Administración debe escoger la modalidad de contratación establecida para cada caso concreto, con el fin de escoger al contratista que ofrezca la propuesta objetivamente más favorable a la entidad y que mejores garantías brinde para cumplir efectivamente el objeto contractual.

Para el tema objeto de estudio, en aquellos casos en que surge para la entidad estatal la necesidad de contar con una consultoría en razón a la especialidad, experiencia profesional e idoneidad intelectual que exige o requiere la actividad a contratar, se debe acudir al procedimiento señalado en la ley, puesto que los procesos a través de los cuales el Estado selecciona sus contratistas obedecen a un procedimiento objetivo reglado, luego ello no queda al arbitrio de la Administración y quedan desplazadas todas aquellas reglas subjetivas con las que se pretendan establecer criterios de calificación, ponderación y escogencia para la selección de consultores.

Sin embargo, tal como se precisó en el artículo anterior, en materia de selección de consultores, el Legislador abrió paso para que la entidad contratante pudiese elegir entre dos modalidades de contratación, esto es, el procedimiento de mínima cuantía regulado actualmente por la Ley 1474 de 2011 y el concurso de méritos establecido en la Ley 1150 de 2007, el primero que se caracteriza por comportar como factor de escogencia el precio u oferta económica más favorable a la Entidad, mientras que el segundo alude como criterio de selección la capacidad,

experiencia y organización del proponente, generando con ello inseguridad jurídica, no por la evidente concurrencia de dos procesos de selección sobre un mismo objeto contractual (consultoría), sino por el disímil factor de escogencia establecido en cada uno de los procedimientos establecidos por vía legal, lo que causa un problema jurídico a resolver por el operador en materia contractual, quien está frente a un panorama en el cual: a) se aprecian dos procedimientos vigentes establecidos por normas de mismo rango (legal) para escoger consultores, b) surge la tensión entre los criterios precio y calidad como factor de selección, y c) la expresa prohibición legal establecida en el numeral 4º, artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, según la cual, en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia en este tipo de contratación.

Por lo tanto, con el fin de determinar y ofrecer una solución a la dicotomía normativa generada por el legislador, es necesario, estudiar para la selección del consultor por el Estado, si la determinación del criterio del valor del contrato o cuantía para la escogencia del procedimiento de selección del consultor, en la modalidad de selección de mínima cuantía, resulta violatorio a los principios de selección objetiva y eficiencia en materia contractual; ello desde una perspectiva crítica y propositiva.

I. Criterios legales determinantes del procedimiento de selección del consultor del Estado. Análisis desde la discrecionalidad administrativa atenuada ante la incursión de conceptos jurídicos indeterminados,

Tanto el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 219 del Decreto No. 019 de 2012, como el artículo 2.2.1.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015

señalan de manera clara que la modalidad de selección del contratista consultor es el concurso de méritos, con el fin de adelantar actividades especializadas, tales como la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos. Esta modalidad puede cumplirse a través de dos sistemas o procedimientos: concurso abierto o precalificación; en ambos casos, los criterios de escogencia son la experiencia, la capacidad intelectual y la organización de los proponentes.

El sistema de concurso abierto es aquel en el que no se efectúa una precalificación de las propuestas, sino que permite que cualquier interesado se presente en el concurso, atendiendo las directrices y siempre y cuando cumpla las condiciones exigidas en el pliego de condiciones.

Por su parte, la precalificación, es el procedimiento mediante el cual se conforma una lista limitada de oferentes para uno o varios procesos de concurso de méritos. La precalificación que se haga para un sólo proceso de concurso de méritos se denominará lista corta, y la que se desarrolle para varios determinados o determinables se denominará lista multiusos.

En relación con el procedimiento de selección, el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.3.2., señala de manera expresa las reglas generales para llevar a cabo un concurso de méritos, ya sea abierto o con precalificación, teniendo en cuenta, las normas generales para cada contrato, que señalaremos a continuación:

1. Elaboración de estudios previos: consta de la información y documentación recopilada con antelación al proceso contractual, que servirá de base para elaborar el pliego de condiciones. Este debe indicar, como mínimo, necesidad del servicio, objeto de contrato, plazo, tipo de contrato, análisis del sector, valoración del riesgo, etc.

2. Conformación del Comité Evaluador: estará conformado por un grupo plural e impar de personas preparadas, que se encargarán de asesorar y revisar el proceso de contratación, evaluación y selección del contratista.
3. Aviso de convocatoria: se elaborará un aviso que será publicado en el SECOP, y se invitará a todos los interesados a participar en el proceso, quienes deberán manifestar mediante escrito su intención de participar. En dicho aviso deberá indicarse, de manera clara, la fecha y la hora para presentar la expresión de interés, los requisitos habilitantes y si se trata de una lista corta o multiusos.
4. Verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes: el Comité Evaluador revisará que las propuestas presentadas cumplan con los requisitos mínimos habilitantes y de ello redacta un informe de precalificación, que servirá de fundamento para conformar la lista.
5. Audiencia de precalificación: mediante audiencia se elaborará la lista de propuestas aptas, y se resolverán las observaciones presentadas al informe de precalificación. Si no se puede conformar la lista de precalificados, puede continuar con el proceso de contratación en el concurso de méritos abierto o sin precalificación.

Aclarado ello, en el concurso de méritos abierto se desarrollan las siguientes etapas:

1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo y publicación de estudios previos elaborados.
2. La entidad elaborará el pre-pliego de condiciones, en que se detallará el objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y reglas objetivas.
3. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, cualquier interesado podrá solicitar aclaraciones por escrito de los documentos que la entidad contratante emite, o participar en la audiencia pública para precisar el contenido y alcance de los mismos, de la que se levantará un acta suscrita por los que intervinieron.
4. Si es necesario, la entidad expedirá las modificaciones pertinentes publicando las adendas a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas y, posteriormente, los pliegos de condiciones definitivos.

5. La recepción de las propuestas inicia conforme se señala en los términos de referencia, que deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego.
6. El Comité Evaluador de la entidad contratante genera el informe de evaluación de las propuestas dentro de un término de cinco (5) días hábiles, que debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.
7. En audiencia pública, la entidad estatal deberá revisar con el oferente calificado en el primer lugar, la coherencia y consistencia de la oferta económica de acuerdo con los estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.
8. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y dentro de cinco días hábiles se efectuará el perfeccionamiento del contrato.
9. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar no llegan a un acuerdo, dejarán constancia de ello y la entidad revisará con el oferente calificado en el segundo lugar; si lo logran, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.
10. Si la entidad contratante y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad debe declarar desierto el proceso de contratación.

Se reitera que el proceso de selección de consultor puede llevarse por medio de un sistema de precalificación o de un sistema abierto. En el primer caso, es necesario que el oferente manifieste su interés y, junto a ello, presente toda la documentación que sirva de soporte a los requisitos habilitantes establecidos en el proyecto de pliego de condiciones, para que la entidad pueda otorgarle o no un lugar en la conformación de una lista limitada de proponentes. Dicha lista consta de varias particularidades, ya que cuando la finalidad de la precalificación es para un solo proceso de contratación, se establece la lista corta, mientras que cuando se efectúa para varios concursos aplica la lista multiusos; concluido este proceso, los postulantes aceptados tienen un plazo determinado para entregar su propuesta, entonces queda a la espera de la evaluación técnica y de la adjudicación.

A contrario sensu, en el sistema abierto no se efectúa una calificación previa, y permite a los interesados en el proceso presentar su propuesta conforme a los términos de referencia.

Aunado a ello, existen dos tipos de propuestas: una es la propuesta técnica detallada (PTD), en la que se exige elaborar una propuesta bajo requerimientos técnicos complejos, y la propuesta técnica simplificada (PTS), en la que la entidad en los pliegos de condiciones define con precisión los requisitos y el plan de trabajo.

En este orden de ideas, nótese que la sola estructura procedimental en los dos sistemas de selección explicados en precedencia permiten referir que la escogencia del consultor para el Estado obedece a un examen previo riguroso por personal calificado, dada la especialidad intelectual de la labor a contratar, de manera que debe haber proporcionalidad y correlación estricta entre el objeto contractual y la experiencia, la capacidad y la idoneidad del proponente para cumplir con el mismo, ello en la medida de que la complejidad de trabajo a desarrollar por el consultor presupone la existencia de un riesgo asociado al contrato que debe prevenirse a toda costa, a través de la selección de aquella persona que cumpla cabalmente con los criterios de experiencia, capacidad organizacional e idoneidad intelectual que se requiere.

En esta misma línea, Méndez Rúa (2016) resalta la importancia de la idoneidad del consultor producto de sus capacidades personales como “conocimientos técnicos-científicos, experiencia técnica y metodologías para el desarrollo de estudios” y señala que no solo resultan acordes con los referentes teóricos de este tipo contractual sino también en el plano práctico “al reducir sustancialmente el riesgo social implícito en la ingeniería de consulta, como quiera que el precio no garantiza la selección de la mejor propuesta ni la calidad del servicio y su aporte es nulo para minimizar el riesgo social” (p. 59).

Desde otra perspectiva, De Vivero (2008) indica algunos aspectos importantes que generan dificultades en el procedimiento de selección de consultor, uno de ellos se presenta al momento de valorar los criterios de selección en la lista corta de precalificación, toda vez que se exige analizar la capacidad intelectual y la homogeneidad. Al respecto, expresa:

A partir de criterios como los que plantea la reglamentación del decreto en este tema, se puede dar una violación del derecho a ser tratados como iguales que tienen todos los que se presenten al proceso de selección; lo anterior, en la medida en que, bajo este criterio de homogeneidad, por no ser una sociedad anónima sino una persona natural o una sociedad limitada, podría ser descalificado y se le privaría de la posibilidad de participar. Por ende, en cuanto a seguridad jurídica se refiere, los criterios señalados afectan y atentan contra la claridad de las reglas en el proceso de selección e impiden contar con reglas de juego claras al momento de entrar a participar en el proceso (p. 110).

También indica la limitación o restricción que se presenta en la conformación del Comité Evaluador, como quiera que la ley señala que este debe estar integrado por expertos en la materia a contratar, pues “en este punto, las reglas de juego frente a la evaluación ponen en riesgo el éxito del proceso, ya que cada evaluador se concentrará en su área y nunca se dará una valoración armónica de la propuesta” (p. 110).

Y con respecto a la inobservancia del precio como factor de selección en los contratos de consultoría, indica que este criterio debe tenerse en cuenta, como quiera que los contratos están supeditados al presupuesto de la entidad, por lo que es necesario que la propuesta se ajuste a la apropiación presupuestal respectiva y no omitirse de manera tajante su valoración a la hora de la selección del consultor (p. 111).

Finalmente, De Vivero (2008) concluye:

Ahora bien, para abordar la incidencia de la mencionada inseguridad jurídica en el contrato de consultoría, es necesario señalar que la contratación de los servicios de consultoría quedó limitada para efectos del mecanismo de selección del contratista, al concurso de méritos bajo un procedimiento especial de acuerdo con lo establecido en el Decreto 066 de 2008, reglamentario de la Ley 1150. La reglamentación del concurso de méritos introdujo elementos confusos en los criterios de selección, que pueden llevar a desdibujar desde el mismo proceso de selección los límites establecidos en la responsabilidad para los contratistas en éste tipo de contratos (p. 109).

No obstante lo anterior, a pesar que el autor indica la necesidad que la entidad estatal considere el precio como factor en el proceso de selección del consultor, se precisa que se disiente de dicha apreciación en razón de que, por un lado, desconoce la expresa prohibición legal contenida en el numeral 4°, artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y, por el otro, tenemos que la disponibilidad presupuestal es un requisito previo al inicio de todo contrato estatal, luego es lógico que la consultoría por contratar esté limitada presupuestalmente hablando y que dicha sujeción debe estar determinada desde la formulación de los estudios previos o pliegos de condiciones, pues la omisión en tal sentido, es decir, dar inicio a un proceso contractual contra expresa prohibición legal, sin disponibilidad y posterior apropiación presupuestal, se traduce, lo primero, en causal de nulidad (art. 44, Num. 2o. Ley 80 de 1993) y, lo segundo, en una desatención elemental que origina responsabilidad disciplinaria y patrimonial para el servidor público, entonces, la apreciación del autor se basa más en el principio de planeación en materia contractual, sin que ello tenga potencial de desplazar el ejercicio evaluativo conferido al Comité,

con base en los criterios ordenados en el numeral 3° del artículo 2° *ibídem*, dado que en dicho estadio precontractual se procede a la luz del principio de selección objetiva, con fundamento en el cual, la oferta más “favorable” no es la que represente menor esfuerzo presupuestal por la Administración en la relación contractual; el comprenderlo de ésta manera, en nuestro criterio, corresponde a una lectura parcializada de lo que implica seleccionar objetivamente una propuesta en materia de consultoría, el concepto va más allá de considerar únicamente el precio de la oferta, como se pretende en el procedimiento de mínima cuantía, y representa inicialmente la observancia de aquellas reglas objetivas contenidas en el pliego de condiciones de cara al examen de los requisitos habilitantes que permitan posteriormente determinar la aptitud del proponente en relación con el objeto contractual y su capacidad de cumplirlo efectivamente en condiciones de calidad.

Entonces, a partir de tal perspectiva, podemos decir que los criterios de evaluación establecidos para la selección del consultor obedecen a un interés general, pretenden asegurar la calidad del servicio especialista a contratar y atienden a mitigar el riesgo alto intrínseco en el contrato de consultoría con ocasión de la complejidad de la labor convenida, que en caso de incumplimiento generaría situaciones catastróficas para la entidad que no puede sacrificar el factor calidad al optar por la oferta más baja económicamente hablando, que si bien no puede ser relegada, es únicamente un factor comparativo entre propuestas económicas. Luego, no se trata de restar validez al principio de planeación y economía, igualmente rectores en la contratación estatal, sino que ante la colisión no solo normativa sino además a nivel de principios orientadores, es menester establecer que en el caso de selección de consultores del Estado, se torna preponderante el principio-deber de selección objetiva.

Lamprea (2007) aduce: “Lo cierto es que la administración no obra por autonomía de la voluntad, sino por poder público” (p. 290) y, de ese modo, deja de existir la “utópica igualdad de las partes contratantes” en consideración de la primacía del interés general que torna prevalente el alto fin estatal que persigue la contratación pública.

Considerando lo expuesto hasta este punto, surge la necesidad imperiosa de hacer alusión al concepto jurídico indeterminado frente al cual se encuentra la Administración en su ejercicio contractual, es decir, el elemento denominado “oferta más favorable”, tópico respecto al cual se ha venido argumentando a lo largo de éste artículo, su no circunscripción exclusiva o preferente al aspecto económico del proceso, para lograr la selección objetiva de consultores que impone la tipología contractual a título de deber, según Marín Hernández (2007), “los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado...aunque sí que puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que solo en sede aplicativa será puntualmente precisados...cualquiera que sea el grado de su indeterminación - puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución “justa” que ese concepto en cada caso y en su contexto legal y situacional, lleva implícita.” (p. 204)

A pesar de las características de generalidad y evidente abstracción que contiene el elemento referido, ello no es óbice, para que la entidad contratante en forma autónoma se separe voluntariamente e inobserve el interés general que debe procurar la selección del consultor a través del concurso de méritos como mecanismo idóneo y eficaz, sino que precisamente tal elemento definido en forma genérica, representa o se erige como una limitante a la discrecionalidad, entendida ésta última como aquella posibilidad con la que cuenta la Administración de movilizarse en el rango que sitúa en posiciones agonales la facultad

objetivamente reglada y la atribución de apartarse de ella, como una opción que se ofrece bien sea por motivos de oportunidad o conveniencia en aquellos eventos en los cuales no se cuenta con regulación expresa.

Vidal Perdomo (2005) cuando alude al concepto de discrecionalidad, señala que “discrecional es lo que se hace libre y prudencialmente, se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas” (p. 146)

El concepto general de discrecionalidad administrativa, nos lleva a reflexionar que el ejercicio de tal facultad, de ninguna manera está ligado a un actuar deliberado por parte de la administración, pues se extrae, que el acto discrecional deberá estar precedido de causal de competencia que permita el desarrollo de la función a ejecutar, indistintamente que la ausencia de reglamentación de lugar al proceder arbitral, ello en efecto no se traduce a un desborde funcional, entenderlo en un sentido adverso, representa un desenfoque frente a una de las figuras jurídicas que se funden con las raíces mismas del derecho administrativo.

Vidal Perdomo (2005) reafirma el anterior planteamiento al precisar que “el actuar discrecionalmente se opone diametralmente a un actuar caprichoso, disparatado, azaroso, arbitrario, o a un proceder meramente mecánico o falto de *sindéresis* y del necesario aplomo que requiere todo acto humano de cualquier naturaleza... La discrecionalidad no implica que la competencia ejercida esté por fuera o contra de la ley”. (p. 146 y 154)

Evidentemente, un proceder administrativo que adolezca de las características anotadas por el autor, se tipifica en un vicio de nulidad denominado desviación de poder, es decir, de las facultades que fueron entregadas a la Administración para el desarrollo de los cometidos Estatales, resultó ejecutada una actuación extraña o apartada a tales postulados, lo que necesariamente se traduce a una arbitrariedad, que según Arias Gayoso (2010) “conecta con la

idea general de los límites a lo discrecional y exige una reflexión inaplazable. Discrecionalidad y arbitrariedad constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la Administración una estimación subjetiva para escoger la solución que mejor represente la finalidad de la norma, la utilidad o el interés general” (p. 20)

La Corte Constitucional, ha destacado que “...la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecionalidad de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo...Aún hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de lo discrecional y lo que no requiere justificación” (Sentencia C – 918, 2002, expediente D – 3996).

Recapitulando, tenemos que la discrecionalidad se resiste a un juicio administrativo de conveniencia u oportunidad contrario a derecho, se reitera con vehemencia, la discrecionalidad administrativa no es sinónimo de actuación ilícita, ilegal o antinormativa, se trata de una “herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega a la administración para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades del momento”, nótese que frente a lo aducido en precedencia, surge manifiesto el valor superior del interés general como causa generadora del ejercicio de la facultad discrecional”.

En ese orden, Marín Hernández (2007) sostiene que el interés general es definible en la medida que “es un principio general, de rango constitucional, que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del Derecho referido a la identificación y satisfacción de las necesidades y los fines públicos (en tanto que propios de una comunidad político-administrativa reconocida como tal), imputándolos a precisos sujetos públicos

(administraciones) y legitimando la actividad de éstos precisa para su satisfacción...dicho interés juega siempre como principio articulador u organizador del correspondiente programa normativo en tanto que sistema de una precisa acción administrativa”. (p. 42 - 43)

Arias Gayoso (2010) refiere una visión finalista en relación con la potestad discrecional, al señalar que

“Prototípico de esta potestad es el ejercicio apreciativo que realiza la Administración entre diversas alternativas o modos de actuación —que pueden estar o no incluidos en la norma jurídica—, los cuales le sirven al órgano administrativo para ampliar su marco de decisión...

Esta actuación tendrá como límite la apreciación, siempre, del interés público y de la finalidad de la norma por la cual fue conferida, pues la Administración no puede desprenderse de su propia naturaleza finalista. Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos extrajurídicos, esto es: políticos, económicos, de oportunidad que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra.” (p. 15)

Se analiza entonces, que la discrecionalidad administrativa es una potestad compleja y especial conferida al Estado, derivada de su ejercicio público, que en ninguna manera propende por la subjetividad ilimitada ante la carencia normativa en el objeto decisorio administrativo, sino que, en un sentido contrario, procura exaltar el fin último estatal, cual no es otro que la satisfacción del interés público como premisa que irradia axiológicamente la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico – contractual en nuestro caso - tanto desde el punto de vista formal como sustancial; no entenderlo de ésta manera, llevaría a considerar a la

discrecionalidad como una facultad abiertamente arbitraria, alejada de los cometidos estatales y usada por razones de conveniencia particular que, en efecto, no consultan el interés general mencionado.

Sobre la conveniencia y oportunidad como juicio valorativo en sede administrativa, es importante distinguirla de la discrecionalidad propiamente dicha, para tal finalidad, Cassagne (2009) ha indicado “...el poder discrecional aparece como un margen de arbitrio del órgano administrativo que se opone al carácter reglado o vinculado de la respectiva facultad (que surge de este modo predeterminada por el ordenamiento), el juicio de conveniencia o mérito se vincula al poder de apreciar libremente o con sujeción a ciertas pautas del ordenamiento positivo, la oportunidad de dictar un acto administrativo por razones de interés público” (p. 222)

Claramente, tanto la discrecionalidad administrativa como el juicio de conveniencia u oportunidad devienen del interés general, no ostentan en forma alguna un carácter absoluto o desbordado, ya que se originan o derivan de una regulación legal, la cual así mismo le fija restricciones y límites.¹ Así, para Marín Hernández (2007) las potestades discrecionales, están sometidas al que denomina “principio de mensurabilidad”, de acuerdo con el cual “en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o limitado”, pues, en primer lugar, “en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”, y, en segundo lugar, las potestades discrecionales tienen prefijados, cuando menos, los fines a cumplir y la forma en la cual deben ejercitarse, de modo que la actuación sólo será legítima si se aviene a las determinaciones tanto teleológicas como materiales en la norma que las consagran...”. (p. 837)

Se comparte la noción misional dada al concepto estudiado conforme lo expresa Mora, Reynaldo (2012) a la luz de la Constitución Política Colombiana: “Un aspecto positivo que merece ser destacado, y que surge a partir de la Constitución Política de 1991, es el relativo a la concreción de quién debe velar por el cumplimiento de los fines estatales, considerando entonces, que la administración pública usa esta herramienta para esa misión. Igualmente, puede considerarse como un avance del derecho administrativo ya que esta figura permite la materialización de los fines estatales, como esa forma de reivindicación con la sociedad en forma más útil, eficiente y eficaz; además la ley le permite a la administración procurar por esa misionalidad” (p.103)

En efecto, la figura en mención no implica la existencia de causal automática que autorice a la entidad contratante proceder en forma antijurídica, pues aunque el arbitrio en mención pueda acaecer por razones extrajurídicas, no debe ignorarse, tal como se ha advertido en éste caso concreto, que sobre la selección de consultores a través de invitación pública de mínima cuantía, descansa una prohibición legal expresa, de suerte que, a nuestro juicio, la escogencia mediante tal modalidad constituye naturalmente una actuación administrativa de carácter antijurídica que no se acompasa con los fines de la facultad discrecional de la administración.

Villoslada (2013) en relación con las potestades discrecionales y su diferencia con las potestades regladas, señaló “la discrecionalidad administrativa surge como consecuencia de la regulación que la ley realiza de las potestades administrativas. Si la ley fija de manera agotadora todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, de modo que cumpla un supuesto legal completo nos encontramos ante las llamadas potestades regladas, por el contrario, si se limita a fijar alguna de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, lo que es muy habitual,

remitiendo el resto a la apreciación o juicio de la Administración, hablamos de potestades discrecionales” (p. 4)

Por su parte, Vidal Perdomo (2005) afirma que la discrecionalidad, en lo estrictamente jurídico “se concreta en la potestad del titular de la función administrativa para ponderar los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar que motivan su decisión en cada caso y, de esta manera, poder escoger entre dos o más soluciones, siendo todas ellas validez y viables para el derecho...”.

Ahora bien, consideramos que la validez y viabilidad argumentadas por el autor de cara al derecho, en el énfasis de las alternativas jurídicas con las que cuenta la administración para optar por una decisión en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, está referenciada a que dichas opciones en efecto existen, gozan de vigencia, son identificables en el ordenamiento legal y están dotadas de contenido material (validez), adicionalmente, en cuanto a la viabilidad, tenemos que la misma está condicionada a la procedencia de la opción a escoger, determinada por el análisis previo que permite establecer el fracaso o el éxito de la decisión, y es en éste último aspecto, donde en nuestro criterio presentamos serias resistencias a contemplar la modalidad de mínima cuantía como mecanismo viable para seleccionar el consultor del Estado, sin perjuicio de la validez bajo las características ya anotadas.

Es por lo indicado, y descendiendo gradualmente al tema que nos ocupa de cara a lo referido por los autores citados, que resulta claro frente a la potestad discrecional que la misma se presenta opuesta a la potestad objetivamente reglada y aunque a prima facie o de una lectura prematura frente a tal prerrogativa, podría aducirse que la Administración cuenta con libertad de elección para optar bien sea por el concurso de méritos o por la invitación pública de mínima cuantía para seleccionar al consultor del Estado, dado el contrabalance normativo y en materia de

principios orientadores, lo cierto es que la coexistencia de modalidades de selección sobre un mismo objeto contractual no significa *per se* que las dos alternativas resulten viables, correctas y ajustadas al fin que persiguen, pues la Doctrina ha reconocido que ante la presencia de un concepto jurídico indeterminado - como lo es la expresión “oferta más favorable” - en la fórmula: facultad discrecional del Estado, sólo es posible encontrar una solución correcta al problema planteado, que a nuestro concepto, es definitivamente el concurso de méritos, ya que si bien la norma que autoriza la selección del consultor a través de invitación pública de mínima cuantía es válida y está vigente, no puede predicarse lo mismo respecto a su viabilidad, bajo la óptica que se estudia el tema y como posteriormente se precisará.

En efecto, De Enterría y Fernández (2003) han precisado frente a la introducción de los conceptos jurídicos indeterminados en sede de facultad discrecional, que “La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución”. (p. 448 y 449)

Por su parte, para Villoslada (2013) “...la diferenciación entre conceptos jurídicos indeterminados y potestades discrecionales supone la libertad de elección entre alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una única solución correcta (existe o no existe utilidad pública, se trata o no se trata de un justo precio)” (p.10).

En nuestro caso podríamos reflexionar a la luz de la doctrina analizada, lo siguiente: la selección del consultor del Estado puede presentarse alterna entre las modalidades de selección por concurso de méritos o invitación pública de mínima cuantía, pero ante la imposición causada por el concepto jurídico indeterminado “oferta más favorable” el primer proceso de selección de los mencionados es el que resulta correcto o apropiado para el objeto contractual indicado.

Marín Hernández (2007) al momento de abordar el tema relativo a la solución justa, como respuesta a los problemas jurídicos, sustenta que: “si se admitiese que para un mismo asunto pueden existir dos alternativas de respuesta “igualmente correctas”, la vaguedad y la arbitrariedad se apoderarían de la práctica jurídica y se perdería la previsibilidad de las decisiones de los poderes del Estado, con el consecuente desmedro que ello supondría para la igualdad entre los ciudadanos”.

En la misma línea, el autor citado argumenta que: “En un sentido fuerte, supone afirmar la existencia de una respuesta correcta y la posibilidad de identificarla siempre para todo intérprete que posea la adecuada experiencia y formación, a través del recurso a las fuentes del Derecho y aplicando las reglas de interpretación jurídica” (p.81).

Así las cosas, en el presente asunto nos encontramos frente a una facultad discrecional atípica, ello por cuanto la incursión del concepto jurídico indeterminado en las modalidades de selección abordadas, sujeta la atribución administrativa a la elección de una opción correcta (concurso de méritos), sin perjuicio que puedan presentarse desde luego en el panorama contractual alternativas adicionales, que a pesar de ser válidas y razonables no resultan ser viables al no consultar la finalidad que persigue la selección del consultor estatal, que desde luego obedece a criterios de calidad, experiencia e idoneidad, dada la especialidad de la labor a contratar, aspectos que se oponen a considerar el precio ofrecido como determinante al momento

de la escogencia. El factor económico es entonces un aspecto apenas obvio a delimitar y establecer en cualquier tipo de contrato público en su fase previa, pues ante la contraprestación recibida por la entidad contratante lo natural es que ello sea compensado al contratista a través de una suma debidamente cuantificada, no obstante, no puede irse al extremo de pensar que tal elemento se torne en el criterio orientador por antonomasia en la materia.

Sobre la discrecionalidad atípica Cassagne (2009) define que a su vez, la discrecionalidad administrativa puede asumir distintas modalidades a saber "...b) supuestos donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa puede en algunas circunstancias suponer un cierto margen de valoración entre varias posibilidades..." (p. 223)

Entonces, la "oferta más favorable" como concepto indeterminado implica para el operador jurídico en el ámbito contractual, un ejercicio valorativo donde pondera lo correcto y errado, la utilidad e inutilidad que pueden comportar las posibilidades que tiene a su alcance para contratar la consultoría requerida, luego si bien ejercita una acción de tipo subjetivo dado el margen o rango de valoración que le permite la potestad discrecional, situación que en principio llevaría suponer libertad de elección, se ha venido argumentando acerca de la sobreviniente restricción o limitante que le asiste a dicha discrecionalidad, no solo por vía de concepto jurídico indeterminado, sino a su vez, por vía de principio – deber, como lo es la selección objetiva.

Previo a referir brevemente lo relacionado con la selección objetiva en materia contractual, es importante resaltar y dejar claridad, que no se desconoce que para la selección del consultor Estatal, la Administración en virtud de la facultad discrecional analizada puede considerar dos opciones válidas para tal efecto, el concurso de méritos e invitación pública de mínima cuantía, desde luego esta última supeditada al tema presupuestal, situación que permite

una valoración por parte de la entidad contratante, que supone un ejercicio subjetivo, tal como lo expone Vidal Perdomo (2005) quien precisa “Ese análisis y valoración de hechos y circunstancias que hace la autoridad administrativa para ejercer una competencia discrecional se refiere esencialmente al mérito de la decisión o a la oportunidad de la expedición de la misma, entendiendo por oportunidad aquello que conviene, que es oportuno a una determinada situación, teniendo en cuenta el lugar, el tiempo, las circunstancias, los sujetos, etcétera; es decir, es un juicio de valores que cuenta, en buena proporción, con la apreciación subjetiva de quien valora la oportunidad.” Igualmente, “es cierto que la posibilidad de evaluar la oportunidad para expedir una decisión administrativa o para no hacerlo surge del derecho y se encuentra limitada por un fin preestablecido, el buscado por la norma que la otorga” (p. 152-153) Entonces, es claro que la subjetividad anotada al momento del análisis descrito, no se torna en ninguna manera ampliada a esferas no permitidas, pues se encuentra demarcada por la finalidad última que persigue la selección del consultor a través de concurso de méritos, esto es, buscar la excelencia del servicio contratado, a través de la calidad, experiencia e idoneidad del contratista, elementos que desembocan en la selección objetiva como garantía de un proceder reducido a un solo fin: actuación administrativa justa, correcta, que obedezca al interés público.

Ahora bien, sobre la selección objetiva, Miranda (2016) ha precisado:

Acceptamos entonces que la selección objetiva debe ser vista como un principio rector de la contratación estatal que se da en el marco de un procedimiento de selección de contratistas, que los principios son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles, pero que, sin embargo, no dejan de caracterizarse por su generalidad, lo que hace que sean aplicables a una generalidad de casos. No obstante, el criterio de la generalidad que reviste a los principios tiende a desaparecer, si nos atenemos a la literalidad del texto contenido en el derogado artículo 29 de la ley 80 y en el actual artículo 5 de la ley 1150 de

2007, en los que se establece claramente unos criterios que se deben tener en cuenta por las entidades estatales, para la escogencia de la oferta más favorable, haciendo así de la generalidad que reviste al principio una particularidad y especificidad propia de las reglas (pp. 73 y 74).

De lo anterior podemos concluir provisionalmente que la intencionalidad del legislador en permitir la reforma de la Ley 80 fue la eficiencia y transparencia de la contratación, tanto así, que desagregó estos principios en el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, precepto que no se tuvo en cuenta en la contratación de consultores por el procedimiento de mínima cuantía, al determinar como único factor de escogencia el menor precio.

Retomando lo relativo a la indeterminación de conceptos jurídicos como método empleado para reducir la discrecionalidad administrativa, fundamento sobre el cual nos perfilamos por la tesis según la cual, la selección del consultor estatal a través de la modalidad de invitación pública de mínima cuantía, esta reducida por la introducción del concepto jurídico indeterminado “oferta más favorable”, dicha limitante desplaza razones de conveniencia u oportunidad para contratar bajo criterios de favorabilidad económica o reducción de costos en beneficio de la entidad contratante, pues lo que busca es optar por una decisión correcta, ello en la medida que como más adelante se precisará, no resulta ecuánime, que con recursos públicos una entidad pública contrate consultoría atendiendo al bajo costo de la misma, sacrificando la calidad, generando futuros costos para subsanar el yerro en que se incurrió, dando viabilidad al concurso de méritos como opción o solución correcta que permite no solo la escogencia en el marco de la selección objetiva, sino que enaltece la finalidad o eje misional de la norma que consagra el interés general que persigue el objeto contractual pluricitado.

Es que la Administración al momento de resolver un problema jurídico tiene la obligación de establecer en qué eventos se encuentra frente a un concepto jurídico indeterminado, puesto que ello le impone ejercer un análisis normativo en materia de interpretación y aplicación del Derecho, de hecho, si confirma la existencia de tal elemento genérico, su discrecionalidad se ve matizada y deberá buscar que su actuación se dirija a dar cumplimiento estricto a la finalidad normativa desde la premisa “interés público o general”, se converge con Cassagne (2009) quien sustenta que “si la discrecionalidad supone un ámbito de libertad o franquía para que la Administración proceda a elegir la solución aplicable al caso - tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento- y si ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho, lo cual implica casi siempre una dosis de creación e integración -cualquiera fuere el órgano estatal que actúe- resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.” (p.88)

Baca Oneto (2012) refiere que “...cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados es la propia norma la que ha fijado el criterio que ha de emplear la Administración al momento de tomar su decisión (aun cuando en ocasiones al hacerlo atribuya a su vez una facultad discrecional), de modo que ésta ha de argumentar que la decisión tomada se justifica, según criterios admitidos de interpretación jurídica, a partir de la norma. Mientras que en un caso la Administración elige los motivos de su decisión, en el otro estos vienen definidos por la norma, aun cuando goce de cierto margen de apreciación al momento de su concreción. (p. 191)

Lo anterior nos permite señalar, por un lado, que la presencia del concepto jurídico indeterminado “oferta más favorable” en el escenario de la discrecionalidad de cara a las modalidades vigentes para la selección del consultor, limita en efecto la potestad referida y

somete a la Administración a un ejercicio hermenéutico que consulte la finalidad de la norma en forma objetiva y con prelación del interés público; por el otro, nuestro punto se direcciona en el sentido que la contratación del consultor Estatal, al tratarse de un servicio cuyo desarrollo y ejecución exige una evaluación bastante rigurosa en torno a factores cualitativos del oferente, que permiten aducir calidad del servicio contratado, supone la idea de un procedimiento de selección que corresponda y atienda a tal complejidad, es decir, que haya proporcionalidad entre el medio (proceso de selección) y su fin (servicio de consultoría), la invitación de mínima cuantía pensamos que no se armoniza por razones de interpretación normativa, viabilidad y antijuridicidad al fin indicado, por ello, relativo a lo expuesto Carrillo de la Rosa y Pereira Blanco (2017) justifican que “La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); su necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad.” (p.73)

Sobre lo dicho, Cassagne (2009) nuevamente expone que: “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que se afirma en la Alemania de la posguerra, viene a limitar la doctrina de la discrecionalidad, como ámbito exento al control judicial, al permitir el juzgamiento pleno de ciertas decisiones administrativas que consistían en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo tales como “oferta más conveniente”....A diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades sino un problema de aplicación del Derecho que consiste, esencialmente, en reducir

el marco de decisión a una única solución justa” (p. 224), en nuestro concepto tomando como referencia lo anterior, se reitera que en materia de consultoría estatal la única solución de orden correcta a la cual se debe optar para seleccionar tal servicio especialista, es el concurso de méritos.

A dicha conclusión se arriba, teniendo como referencia a su vez lo expresado por Moreno, Sainz quien esgrime que “...bajo la denominación ‘teoría de conceptos jurídicos indeterminados’ se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones ‘posibles’ aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de una solución justa” (p. 192).

Y es que la tendencia normativa en otras latitudes, como Argentina, permite evidenciar, a voces de Cassagne (2009), que la selección de contratistas para el Estado obedece a procedimientos objetivamente previamente diseñados y previamente establecidos, viéndose por ende, atenuadas con el paso del tiempo la extensión a la contratación pública de figuras jurídicas propias de derecho privado, tales como la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de elección, ahora, específicamente en lo relacionado con el concurso de méritos, el mismo se ha constituido en la modalidad de selección por excelencia para la escogencia del particular idóneo desde el punto de vista técnico y profesional, así lo ha expresado el autor quien denomina

“concurso público” al proceso de selección referido, al anotar que “Cuando la selección del contratante privado deba resolverse teniendo en cuenta, los antecedentes de la persona a contratar, la figura típica es la del denominado ‘concurso público’, que permite elegir a quien reúne la mejor aptitud técnica, científica, cultural o artística, e inclusive, económico – financiera. Esta figura rige para las relaciones o contratos *intuitu personae*, y su procedimiento es el mismo que disciplina la licitación pública,” seguidamente, el autor refiere al factor económico como un aspecto de tipo reglamentario más no determinante en la selección, al precisar que “el procedimiento de concurso público se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga en factores no económicos, tales como la capacidad técnico científica, artística u otras, según corresponda” (p. 71).

II. ¿Existe antinomia en el sistema normativo de la contratación pública de consultores?

Frente a este interrogante, teniendo en cuenta que la antinomia es el choque de dos proposiciones normativas incompatibles y conforme a lo manifestado en el artículo anterior, la respuesta es Sí, como quiera que, tal como se expuso anteriormente, en la Legislación Colombiana contractual, en la actualidad, se presenta la concurrencia de procesos de selección sobre un mismo objeto contractual, pues permite que la Administración, amparada en la ley, escoja la modalidad de concurso de méritos o de mínima cuantía, para la contratación de consultorías.

Para Guastini, la antinomia se configura cuando un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema (p. 437).

La Ley 1150 de 2007 en el numeral 3º, artículo 2º, dispone que la elección de consultores se surtirá mediante concurso de méritos considerando “criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes...”. A su vez, en el artículo 5 numeral 4, de la misma ley indica de forma expresa: “En ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores.”

Por otra parte, se encuentra la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, que contemplan y permiten a la Administración contratar independientemente del objeto, siempre y cuando el valor no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía del presupuesto anual de la entidad estatal.

Pero más allá de la concurrencia de procesos de selección, la problemática jurídica se concreta en el disímil factor de escogencia a considerar por el operador jurídico en materia contractual, puesto que en la modalidad de mínima cuantía el precio es el factor de selección; en el concurso de méritos, se impone la obligación legal de valorar la experiencia y la idoneidad intelectual acorde con la especialidad de la labor, como criterio de escogencia.

Así las cosas, existe un conflicto de normas contenidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, dado que concurre la modalidad de selección de mínima cuantía con otras modalidades de selección a la par de criterios de selección y escogencia totalmente distintos. En estos casos, para dilucidar el problema jurídico expuesto, es necesario acudir inicialmente a los principios generales establecidos en la Ley 80 de 1993, para decidir cuál modalidad de selección debe utilizarse para la contratación de consultores del Estado, puesto que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 establece que las actuaciones en el Proceso de Contratación deben desarrollarse con arreglo a los principios de selección objetiva,

transparencia, economía y responsabilidad; así mismo, habrá lugar a analizar la colisión expuesta en atención a los criterios para aplicación de las normas.

III. Criterios determinantes de selección del consultor

El factor o criterio de selección en el momento de elegir un proponente para ejecutar un contrato de consultoría, es la experiencia, calidad, idoneidad, capacidad intelectual y organización de este, teniendo en cuenta la labor especializada y requerida por la Administración, motivo por el que el precio no se constituye en el factor de selección por excelencia para las consultorías.

A lo largo de nuestro estudio se ha argumentado la contradicción normativa existente entre la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, en lo referente al factor de escogencia a considerar al momento de contratar los servicios del consultor para el Estado, por ello es menester remitirnos, en primera medida, a la motivación que originó la expedición de cada una de las leyes referidas en relación con el tema objeto de estudio.

Entonces, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 menciona que la selección de consultores fue creada con el fin de adquirir servicios que requieren de vasta idoneidad intelectual, pretendiendo que la labor contratada se ejecute en condiciones de calidad, no considerando el precio como factor de selección, en razón del daño que a través de la historia le ha hecho a la consultoría la valoración de propuestas bajo dicho criterio.

Por su parte, la exposición de motivos presentada por el Gobierno nacional al momento de radicar el proyecto de la ley 1474 de 2011, refirió de forma somera que se pretendía la adopción de medidas para garantizar la transparencia y la selección objetiva en los procesos de

mínima cuantía, no obstante fue un avance importante en la materia, ya que el primero de éstos principios rectores cobra gran relevancia en el plano contractual público, en el entendido de que todos los procesos de selección deben regirse por parámetros normativos totalmente claros, libres de toda ambigüedad e interpretación discrecional. En tal sentido Palacio Hincapié, Juan Ángel (2003) alude: “Mediante este principio se ataca la corrupción y se busca garantizar la moralidad de la contratación, imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas”. (p. 53).

Desde el anterior panorama, es claro que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, en el caso concreto de la selección de consultores, dada la riqueza descriptiva en que se basa la iniciativa legislativa, se buscaba de una manera muy concreta contrarrestar un flagelo que en el ejercicio fue identificado como indicador de ineficiencia en cumplimiento de la gestión contractual del Estado, que no es otro que la valoración de propuestas dotadas de alto contenido intelectual, basada en el factor precio como criterio de selección de consultores estatales, una situación que conllevó a desechar proponentes que ofrecían el servicio de consultoría con amplia idoneidad y experiencia para el cumplimiento efectivo de la labor, que reduciría el margen de riesgo de incumplimiento, pero que no eran considerados con el fundamento de no tratarse de la oferta más baja en precio.

En contraste, el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, introdujo finalmente una nueva modalidad contractual, sencilla, que no reviste las formalidades propias de los demás procesos de selección y que permite a la entidad escoger al contratista para la adquisición de un bien, una obra o un servicio considerando como factor de

selección única y exclusivamente el precio¹⁵, condicionado al límite presupuestal antes referido, al ser aplicable a todo objeto contractual¹⁶, dentro de estos, el contrato de consultoría.

No obstante lo anterior, nótese que la motivación del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 es la de dotar de una estructura procedimental a la selección de mínima cuantía, que permita evidenciar en la actuación contractual publicidad, economía, libre concurrencia de oferentes, evaluación de ofertas y selección objetiva, tomando como criterio de escogencia el precio, ello ante el vacío normativo en tal sentido, mas no obedece o se dirige especialmente a regular los vejámenes a los que venía siendo sometida la consultoría estatal en la práctica; así mismo, como ley con expedición posterior, ignoró la regulación especial en materia de selección de consultores traída por la Ley 1150 de 2007, los criterios de escogencia, el imperativo legal contenido en el numeral 4° del artículo 5° de la precitada ley, que obliga la valoración de las propuestas en razón a los aspectos técnicos de la misma o del proyecto a ejecutar, experiencia específica en los casos que la complejidad de la labor y el campo de desempeño lo amerite, y en contraposición, la expresa prohibición legal que reposa sobre el factor precio como criterio de selección en materia de consultoría estatal, aspecto claramente fijado en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 como referente de ineficiencia y baja calidad del servicio contratado.

Ahora, en razón de que las entidades estatales, amparadas en la Ley 1474 de 2011, contratan consultorías a través del proceso de selección de mínima cuantía, teniendo como factor preponderante el precio, respecto a ello y los lineamientos por considerar para la selección de consultores, la Federación Panamericana de Consultores (2009), refiriéndose concretamente a la consultoría de ingeniería, precisa:

¹⁵ Colombia Compra Eficiente, Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía - M-MSMC-02. p.

¹⁶ Con las salvedades previstas en el párrafo 2° del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

Siempre que el precio deba ser obligatoriamente considerado en la selección de la mejor propuesta, su influencia en la selección de la Consultora deberá tener, por tanto, un peso significativamente menor que el atribuido a su capacidad técnica y de gerencia comprobada por sus antecedentes y la calidad técnica de su propuesta.

Es conveniente traer a colación únicamente para efectos de demostrar la tendencia normativa en el tema objeto de estudio el derogado Decreto 066 de 2008, cuya lectura de su artículo 12 permitió, en su momento, establecer con claridad que siendo el concurso de méritos la modalidad de selección por excelencia del consultor del Estado, la oferta más favorable no está determinada por el precio más bajo de la propuesta, sino que “en el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.”

Así mismo, el artículo 54 *ibídem*, al referir que “para la selección de consultores o proyectos que reseña el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales utilizarán sistemas de precalificación, salvo que se trate de selección de proyectos de arquitectura, en cuyo caso usarán sistemas de concurso abierto por medio de jurados” y reitera: “En ningún caso el precio de la propuesta constituirá factor de escogencia en selección.”

Igualmente, los factores o criterios de calificación en la selección de consultores se mantuvieron en el Decreto 1082 de 2015, que señala en el numeral 1° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 que “la entidad estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.”. Ahora bien, en relación con el precio, en el decreto en comentario dicho factor no registra en el panorama

normativo como aspecto decisivo en el ejercicio evaluativo y de selección, tan solo precisa en el numeral 4° del artículo referido que es un aspecto sobre el cual debe haber consenso entre la entidad y el proponente, lo que conduce a inferir que la consultoría presupone la existencia de una necesidad que requiere ser satisfecha con personal altamente calificado y que, en razón del contenido intelectual de la labor a contratar, la ley permite acordar con el oferente un precio proporcional con el servicio contratado, sin que de manera alguna represente factor de calificación o selección.

En consecuencia, nos parece importante demostrar la inconveniencia de tener como único factor de escogencia el menor precio para la selección de los consultores del Estado. En este sentido, nos referimos a un análisis académico aplicado a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en el cual Ramírez Rusinque (2014) afirma que el menor valor como oferta más favorable resulta ineficaz y, establece desde la praxis: a) que los proponentes al ofertar bajos precios reducen la calidad de los bienes y servicios, b) que con la reforma del año 2007 la contratación estatal se convirtió en un sistema en el que el menor precio reina en las adjudicaciones, sin llegar al cometido del cumplimiento de los fines del Estado, c) que el menor valor coadyuva a la negociación entre proponentes, promueve el lavado de activos, desconoce la empresa colombiana, promociona el contrabando, afecta la calidad de los bienes, obras o servicios contenido director del principio de transparencia y, d) la carga del operador jurídico en definir las condiciones de orden técnico, situación que resulta inoperante por la falta de tecnocracia de la cual gozan las entidades públicas.

De lo anterior, y al compartir la posición del autor, resulta conveniente realizar una analogía del estudio aplicado a la selección de consultores, utilizando como factor de escogencia el menor precio, así:

- La tecnocracia de los operadores jurídicos de la contratación estatal: al momento de elaborar los documentos previos del proceso contractual, es decir, la elaboración de las condiciones de orden técnico para determinar las obligaciones contractuales del futuro contrato de consultoría, resulta ineficiente ya que en la práctica las personas que intervienen en la elaboración de estos documentos no tienen el conocimiento especializado en el tema.

Precisamente, la entidad tiene la necesidad de contratar un experto altamente calificado en la materia.

- Si el Estado pretendió ahorrar costos con la mínima cuantía, en la práctica identificamos que contratar consultores utilizando esta modalidad, sólo ahorra costos a corto plazo y genera altos costos a largo plazo. Para entender esta afirmación presentamos el siguiente ejemplo:

La Alcaldía de Purificación Tolima contrató la elaboración de los estudios y diseños para la construcción del Acueducto, utilizando el procedimiento de mínima cuantía; en el proceso de selección se presentaron cinco proponentes y quien se seleccionó fue el consultor que ofertó el menor precio; —el proponente adjudicatario sacrificó la calidad de los estudios de suelos para ofertar el menor precio— ¿cómo lo hizo?, contratando un ingeniero civil sin experiencia en estudios de suelos. Una vez entregado el estudio la entidad estatal lo recibe a satisfacción y con posterioridad, luego de gestionados los recursos para la construcción de la obra, utiliza como base el producto entregado por el consultor; acto seguido, encontró que en la ejecución de la obra la mala calidad de los estudios de suelos generaron mayores costos en la construcción del Acueducto.

El menor precio como factor de escogencia coadyuva a que los proponentes de este sector pongan en alto riesgo la calidad del producto a entregar, pues el mismo al estructurar su oferta,

sacrifica la contratación de personal altamente calificado para disminuir costos porque su objetivo principal es reducir el precio a ofertar para lograr ser el futuro contratista.

- El menor precio como único factor de selección genera: adquisición de servicios de baja calidad, altos riesgos en la ejecución de los contratos y fallas en el desempeño contractual. Esta problemática se acentúa más cuando el objeto contractual es un trabajo netamente intelectual y especializado.
- En la aplicación del principio de economía (mínima cuantía) dejamos atrás la naturaleza del objeto a contratar: el cual desarrolla o busca la satisfacción de una necesidad que tiene la comunidad (y que solo la puede satisfacer un experto), es decir, busca un interés público.
- No es posible aceptar que la aplicación de un principio sea independiente: la aplicación de los principios debe ser conjunta y siempre propender por el bien común: en este caso concreto, el menor precio resulta ineficaz.

Finalmente, recordamos la buena intención del Proyecto de Ley 057 de 2014, referido en el primer artículo de esta investigación, que pretendió prohibir la modalidad de mínima cuantía para la selección de consultores, infortunadamente archivado por tránsito de legislatura.

Así las cosas, no cabe duda de que son criterios objetivos determinantes en la selección del consultor estatal la capacidad técnica, organizacional e idoneidad intelectual del proponente, ello en atención de los factores de calificación establecidos por vía legal en forma especial para los contratos de consultoría y en ejercicio del principio de selección objetiva como pauta orientadora en la gestión contractual del Estado.

IV. Conflicto normativo e interpretación

Al ser evidente la antinomia o conflicto normativo que se presenta en el caso en estudio, frente al procedimiento o modalidad de contratación en la selección de consultores del Estado, es necesario revisar los diferentes criterios de aplicación e interpretación de la ley, con el fin de buscar y dar una solución al problema jurídico presentado.

Previamente se refiere, que Bobbio Norberto (1991) define la antinomia normativa como "la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de aplicación".

Así mismo, indica el autor que se presenta la antinomia normativa en tres casos específicos según el ámbito de validez: la primera es la antinomia total-total, cuando las dos normas en disputa se contradicen de manera clara y flagrante, es decir la aplicación de una generaría el desobedecimiento automático de la otra; la segunda es parcial-parcial, en el evento de que las normas tienen algo en común o una expresión que las une, pero por otra parte hay una disposición que las contradice entre sí; y la tercera, total-parcial, en que las normas en conflicto coinciden, pero en una el marco de acción o aplicación es más restringido que en la otra.

Frente a esta problemática, tanto la jurisprudencia como la doctrina han establecido varias reglas o criterios de solución cuando se presenta la coexistencia de normas sobre un mismo tema, a la par de su sentido contradictorio sobre la materia que regula.

La sentencia de 8 de septiembre de 2011, exp. 2000-04366, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, precisa que “en veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma *fattispecie* singular y concreta, atribuyen disímiles efectos (...). La antinomia

normativa es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada y ponderada la técnica del equilibrio, la disociación o los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico”

En efecto, la Teoría General del Derecho ha establecido tres criterios cuando se presenta un conflicto normativo, para determinar la norma aplicable al caso concreto: la jerarquía normativa, en que prima la norma superior sobre la de rango inferior; la especialidad normativa, en que se aplica la norma especial sobre la de carácter general, y la temporalidad, criterio según el cual se aplica la norma posterior sobre la anterior.

En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia C - 451 de 2015 emitida por la Corte Constitucional, conforme a la que “existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón de que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo que las mismas difieren en su ámbito de aplicación.”

García Murillo (2009), siguiendo el lineamiento anterior señala igualmente tres criterios, manifestando lo siguiente:

Para tal efecto se atenderá a tres criterios para resolver las antinomias: el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Dentro del cronológico, conocido como *lex posterior*, se dará cuando entre dos normas incompatibles prevalece la posterior; esto es, la ley posterior deroga a la anterior.

De esta forma la regla contraria obstaculizaría el proceso jurídico y la adaptación del derecho a las exigencias sociales.

El espíritu del legislador es hacer normas útiles y eficaces, no así; normas sin sentido e ineficaces; si la norma anterior debe prevalecer, la norma posterior sería un acto inútil y sin finalidad. El criterio jerárquico, también denominado como *lex superior*, es aquel al tenor del cual dos normas incompatibles prevalecerá la norma jerárquicamente superior. El principio aplicado a este caso es el que la ley superior deroga a la inferior.

Una de las consecuencias de la jerarquía normativa se ubica en específico en que las normas superiores no pueden abrogar a las inferiores, en tanto que las inferiores no pueden abrogar las superiores. Finalmente, en la aplicación del criterio de especialidad se considera a aquel con base en el que de dos normas incompatibles -una general y otra especial o excepcional- prevalece la segunda. Esto es el principio que la ley especial deroga a la general; lo anterior atiende a la especificidad de una norma en una materia para ser sometida a una reglamentación diversa (p. 8).

En el mismo sentido, Tardío Pato (2001) señala lo siguiente frente a la antinomia normativa y criterios de interpretación:

El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*), calificado por nuestra jurisprudencia como principio general del Derecho -tal como comprobaremos *infra-*, junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi*

inferiori) y el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), es considerado como un criterio tradicional de solución de las antinomias (1), entendiendo por éstas las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente (p. 189).

Por su parte, Morales Ruiz (2011), expone que la coexistencia normativa con sentido contradictorio, genera soluciones y efectos jurídicos incompatibles:

Se dice que un ordenamiento jurídico no es coherente, cuando existe el denominado problema de la “antinomia normativa” o “conflicto de normas”, que se manifiesta cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento, imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, dando lugar, de esa forma, en el caso de su aplicación simultánea, a resultados incompatibles. La solución al problema de la antinomia normativa es la elección de una norma con preferencia a las otras (p. 4).

El mismo autor coincide en que para la solución del problema jurídico planteado se debe acudir a los siguientes criterios:

Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial (p. 5).

En este orden de ideas, es claro que existen tres criterios para resolver la antinomia normativa que se presenta frente a la modalidad de selección de consultores del Estado, por lo que será necesario determinar cuál criterio se ajusta de manera razonable al particular bajo los principios de selección objetiva y eficiencia de la contratación estatal.

Previo a ello, acudiendo al plano práctico, se han encontrado así mismo distintas posturas adoptadas por los operadores jurídicos en materia contractual; para efectos de ilustración, tenemos que mediante Concepto No. 094 del 26 de junio de 2008, la Directora Jurídica del Distrito Capital de Bogotá expuso lo siguiente en cuanto a la posibilidad de contratar consultores mediante concurso de méritos y procedimiento de mínima cuantía:

1. De conformidad con el artículo 2, numeral 3 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el parágrafo 1º, del artículo 54, del Decreto 066 de 2008, en los casos en que la consultoría a contratar sea aquella señalada en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 (interventoría, supervisión o dirección de obra o proyecto, o interventoría en general), la modalidad de selección será el concurso de méritos con precalificación.

En el marco de las disposiciones citadas, el factor que inicialmente determina la modalidad de selección aplicable es el objeto por contratar y no la cuantía.

2. En los casos en que las interventorías por contratar sean iguales o inferiores al 10% de la menor cuantía de la entidad, no es aplicable el artículo 46 del Decreto 066 de 2008, que contempla la posibilidad de usar la modalidad mínima cuantía.

En sentido opuesto o contrario, el Manual de Colombia Compra Eficiente señala:

Las modalidades de selección de concurso de méritos y de mínima cuantía concurren cuando: (a) el presupuesto del proceso de contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la entidad estatal y (b) el objeto del proceso de contratación es la selección de consultores o proyectos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

El principio de economía contenido en la Ley 80 de 1993 busca que en la selección del contratista la entidad estatal cumpla y establezca los procedimientos y las etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la

propuesta más favorable, con austeridad de tiempo, medios y gastos. En consecuencia, dado que la selección de mínima cuantía es especial para cualquier objeto y permite obtener una mayor economía en el trámite del proceso de contratación, en caso de concurrencia del concurso de méritos y de mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente considera que la modalidad de selección aplicable es la de mínima cuantía.

Dado que las posiciones entre los actores de la contratación estatal, en relación con la consultoría, no han sido pacíficas y presentan colisión entre los principios rectores de selección objetiva y de economía, antes de abordar el estudio de los criterios de aplicación normativa mencionados, con el fin de proponer una solución razonable a la antinomia encontrada, es pertinente revisar a nivel doctrinal ¿cuál es la postura predominante en la relación precio - calidad en el contrato de consultoría estatal?

Frente al punto, Gordillo (1981) señala:

La norma dispone que se contrate “*fundamentalmente*” en atención de la calificación, y agrega la “exigencia” de que el precio sea comparable. Aun sin analizar todavía el concepto de precio “comparable,” es obvio que la ley no está diciendo que se adjudique *exclusivamente* en función de la calificación del consultor. En otras palabras, el precio cumple también un papel que, si bien no es predominante o principal, no por ello habrá de considerarse intrascendente. ¿Cómo habrá de valorarse la incidencia del precio en relación con la calificación del consultor? Una forma que a veces se ha empleado en la práctica antes de ahora llevaba a una virtual *exclusión* del factor precio como elemento claramente presente en la comparación de ofertas y en la adjudicación. Trátase del sistema de efectuar un llamado con dos sobres, el primero con los antecedentes y la propuesta técnica, el segundo con el precio: la administración califica las empresas oferentes con base en los antecedentes y la propuesta técnica del primer sobre, y solo abre el segundo sobre de la oferta ubicada en primer lugar. En caso de arribarse a un

acuerdo con dicho oferente se le adjudica a él, sin haberse conocido en momento alguno el precio del segundo oferente. En caso de no arribarse a un acuerdo con el primer oferente, entonces se dejan sin efecto las tratativas con él y se procede a iniciarlas con el segundo oferente, cuyo segundo sobre se abre entonces (p. 874).

Por su parte, Silva (2008) señala que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se desvirtuó la figura de la contratación de consultores, como quiera que en la misma se estableció como factor de escogencia el precio y permitió con ello una competencia desenfrenada y deterioro en tales contratos, teniendo en cuenta que ya no se trataba de elegir el mejor diseño o asesoría, sino el menor valor por la misma labor. Al respecto sostiene:

Así pues, fue usual encontrar en los concursos de méritos 50 y más oferentes, de los que la gran mayoría podía cumplir con los laxos requisitos habilitantes, por lo que siempre se producía un empate técnico y la fórmula de desempate siempre era el precio. De esta manera, el funcionario cumplía con la ley, independientemente de si había escogido o no el mejor proponente. Durante los primeros años de vigencia de la Ley 80, el menor precio fue el factor de selección, lo que generó una espiral descendente de precios, hasta llegar a valores cercanos al 60% del presupuesto oficial.

...

La relación fundamental de confianza entre cliente y consultor se perdió y la relación se convirtió en una simple relación jurídico-contractual. Antes de la Ley 80 el esfuerzo primordial se concentraba en encontrar la mejor alternativa, el mejor diseño conceptual, los planos con los mejores y más precisos detalles, el presupuesto mejor elaborado, etc. El consultor era el asesor, consejero y socio de su cliente en la búsqueda conjunta de un objetivo común: lograr el mejor diseño o culminar la mejor la obra. Hoy se convirtió en una relación contractual basada en la desconfianza mutua y a precio y plazo fijos, con alcances indefinidos e ilimitados y responsabilidades sin límite (p. 83).

En relación con el tema, Suárez Montaña (2008) expresa:

En el caso de los procesos de contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes, por ejemplo, los insumos de oficina o la papelería, o incluso, los computadores sin especificaciones técnicas concretas, se premia principalmente el precio. En cambio, como señalábamos líneas atrás, como consecuencia de esta triple división, se excluye totalmente de la selección de consultores el factor económico. Es decir, la selección de consultores en el Decreto 066 y en la Ley 1150 privilegia los méritos. Por tanto, retomamos legislativamente, como se señalaba en el Decreto 222 de 1983, el concurso de méritos. La triple distinción otorga así al concurso de méritos o selección de consultores independencia frente a otras modalidades de selección particular para otros objetos de contratación, como vimos en el caso de bienes y servicios.

Desde ese punto de vista, si consideramos la discusión presentada en el Parlamento, así como también sus antecedentes en el Congreso de la República, estaremos autorizados para afirmar que, sin duda, se adoptó la más drástica selección de consultores; en ella, se advierte que no sólo se debe premiar el mérito, sino también, que está terminantemente prohibido considerar el factor económico para la calificación de las propuestas en este tipo de contratos. La discusión debatía la necesidad y conveniencia de la total prohibición en esta materia o era mejor plantear, por ejemplo, la consideración del factor económico siempre y cuando no fuera superior al 20% de la calificación final de la propuesta. Si bien esta posición moderada parecía razonable, fue derrotada por un argumento práctico: a la hora de la verdad, en la práctica, la consideración, así fuese tan sólo de un 1% del factor económico, se podía convertir en el criterio única y exclusivamente determinante, como de hecho se estaba presentando en la selección de consultores. Por ello, se llegó muy rápidamente a la conclusión de que era necesario prohibir la inclusión del elemento económico en la selección de consultores (p. 102).

En España, la Ley 22.460/1981, en su artículo 17, señala como factor preponderante en la selección del consultor la idoneidad intelectual del mismo; respecto al precio, se concibe como un referente en relación con el valor que se paga habitualmente por el servicio contratado.

A través del recuento doctrinal expuesto, es evidente que la tendencia respecto a la selección de consultores por la Administración Pública obedece a considerar la calidad, la experiencia y la idoneidad como factor de escogencia por encima del precio, que si bien ha de ser un aspecto a contemplar en el proceso de selección, se reitera, no se constituye en criterio calificativo, de valoración, de ponderación y mucho menos de selección.

En este orden de ideas, aplicando la clasificación de las antinomias normativas, es claro que la antinomia encontrada es total - parcial en atención a los lineamientos doctrinales aludidos antes, en primera medida, debido a que en la relación de conflicto normativo se encuentran una ley general y una especial, e igualmente, las normas en colisión previstas en cada una de las leyes coinciden en parte, sin embargo, en la aplicación una se torna más restrictiva que la otra.

Ahora bien, recordemos que la regla general es que la selección de consultores se cumpla a través de concurso de méritos, esto de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3º, artículo 2º de la Ley 1150 de 2007; no obstante, debido a que la modalidad de selección de mínima cuantía permite la contratación de cualquier objeto, la Administración actualmente puede “legalmente” hacer uso de este procedimiento para tal efecto, desde luego, sujeto al límite presupuestal ya mencionado.

Sin embargo, para dirimir la antinomia expuesta, es necesario remitirnos inicialmente a la Exposición de Motivos de la Ley 1150 de 2007 (Publicada en la Gaceta del Congreso No. 458 el 25 de julio de 2005), que dispuso: “Se crea una nueva modalidad de selección denominada Selección de Consultores, pensada para aquellos casos en que la entidad requiere de la

contratación de servicios especializados con alto contenido de trabajo intelectual...”; adicionalmente, se argumentó: “Con este enfoque se pretende superar la tendencia que tanto daño ha hecho a la industria de la consultoría nacional, de evaluar las ofertas de ‘materia gris’ con base en el precio”; de esta forma, se aprecia que la motivación del Gobierno nacional al presentar el proyecto de ley fue la de dar prelación al factor calidad (intelectual) sobre el precio más bajo, en la contratación de consultores.

Se entiende por exposición de motivos la exteriorización de los hechos determinantes que requieren de regulación normativa especial y que, por ende, generan la iniciativa legislativa respectiva, luego ante la riqueza descriptiva ofrecida por el aparte transcrito en precedencia, en relación con la motivación que antecedió a la Ley 1150 de 2007 en consultoría estatal, resulta claro que el objetivo principal de la misma era establecer el concurso de méritos como proceso por excelencia para la selección de consultores del Estado e indica concretamente la necesidad de dar mayor valor a la calidad del servicio a contratar por encima del precio de la oferta.

En contraste con lo anterior, ya referimos en párrafos anteriores que la motivación principal para expedir la Ley 1474 de 2011, concretamente la mínima cuantía, era reglamentar en forma general el procedimiento de dicha modalidad, de manera que se garantizara publicidad de la actuación contractual, libre concurrencia de proponentes, selección objetiva, entre otros, sin analizar, distinguir o considerar la especialidad del contrato de consultoría, además que el concurso de méritos hace parte de la selección abreviada que de por sí es un proceso contractual simplificado; luego, por lógica, no puede la introducción de la modalidad de mínima cuantía simplificar de nuevo un proceso (concurso de méritos) que de por sí ya lo era, en razón únicamente del precio, ahora se reflexiona si el procedimiento de mínima cuantía es común a cualquier objeto contractual; ante dicha generalidad, mal podría inferirse aplicación automática a

la consultoría Estatal, precisamente por las características especiales que reviste no solo la naturaleza del contrato, sino también su objeto y la calidad profesional del proponente.

Ahora bien, si en la práctica efectivamente no se presentara la escogencia de consultores a través de dicho procedimiento, el presente análisis no tendría lugar, no obstante, el 27 de diciembre de 2016 formulamos la siguiente petición ante Colombia Compra Eficiente:

“En los términos establecidos por el artículo 14 del CPACA, solicito se me informe el número total de procesos adjudicados en el país a través de la selección de mínima cuantía, cuya naturaleza del contrato sea de consultoría, y que estén publicados en el SECOP desde el 12 de julio de 2011 hasta la fecha.

Dicha información debe incluir los siguientes datos:

*Objeto del proceso

*Nombre de la entidad contratante

*Nombre del contratista

*Valor

En respuesta a lo anterior, la entidad elaboró una relación de todos los contratos de consultoría celebrados del 12 de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2016, por la modalidad de mínima cuantía, por entidades de carácter nacional, que arrojó los siguientes resultados:

Tabla 1.
Resultado del análisis

No. de contratos suscritos bajo la modalidad de mínima cuantía	1104
	Servicios de ingeniería, investigación y tecnología.
	Servicios medioambientales
	Servicios de gestión, servicios profesionales de empresa y servicios administrativos.
Objeto contractual más recurrente	Terrenos, edificios, estructuras y vías.

	Servicios de edificación, construcción de instalaciones y mantenimiento.
Entidades nacionales que recurren con frecuencia a la modalidad de selección mínima cuantía	SENA
	EJÉRCITO NACIONAL
	INVÍAS
	CORPORACIONES AUTÓNOMAS

De lo anterior, se observa de manera clara que las entidades de carácter nacional acuden con recurrencia a la implementación de la modalidad de mínima cuantía para contratar las consultorías requeridas en la misma, basadas simplemente en el valor o precio como factor de escogencia; es difícil establecer si estas analizan otros factores como idoneidad, experiencia, calidad y capacidad de organización, criterios que deben ser tenidos en cuenta al momento de contratar consultorías; pero con base en tales resultados se puede evidenciar, sin dudas, que el precio, atendiendo la modalidad, es el factor de escogencia.

Tal panorama, para nosotros, vulnera de manera flagrante los principios de selección objetiva y eficiencia, como quiera que mediante los procesos de contratación se persigue la satisfacción de los intereses de la comunidad; en ese orden, se debe seleccionar la propuesta más favorable, que sea acorde con el objeto contractual y garantice el cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades a ejecutar.

Por tanto, en el contrato de consultoría, las actividades requeridas son especializadas, que debe ejecutar personal capacitado, idóneo y con amplia experiencia en el tema y campo de desempeño, pues estos contratos los rige principalmente el intelecto, y por lo mismo, la escogencia debe atender a la capacidad del proponente que garantice la calidad del producto.

Así las cosas, el adoptar una modalidad de contratación que no tenga en cuenta, para el contrato de consultoría, la especialidad y la rigurosidad del mismo, permite que en la ejecución de estos contratos los proponentes elegidos en razón del precio no satisfagan los fines estatales y

mucho menos el interés general, lo que supone el riesgo de que los contratos celebrados sean incumplidos o prestados con un nivel bajo de calidad.

Para nosotros la propuesta más favorable no es la de menor precio valor, sino la que garantice y acredite calidad, experiencia y capacidad de organización para ejecutar la consultoría, es así que escoger otra modalidad de contratación que no sea el concurso de méritos falta al deber de selección objetiva, en el entendido de que se omite valorar los factores o criterios de selección establecidos por vía legal, adecuados según la naturaleza del contrato.

Al existir libertad para la Administración de escoger la modalidad de contratación de consultoría, se está dando rienda suelta a la discrecionalidad del contratante para elegir a su arbitrio lo que le convenga en consideración de favores o factores de afecto, basado o amparado en la misma ley que consagra una doble modalidad de contratación para estos casos.

Con todo lo anterior, se genera la vulneración de los mencionados principios, pues los operadores jurídicos de las entidades estatales, en el desarrollo de la actividad contractual, actúan de mala fe aprovechando la antinomia normativa para favorecer intereses personales o de terceros y culminan con una desigual selección, al actuar bajo subjetividad y vulnerando los derechos de los proponentes, lo que afecta de forma indirecta a la misma entidad contratante por cuanto toda irregularidad en la contratación puede acarrearle sanciones de tipo legal.

Conforme a lo anterior y partiendo del supuesto que las Entidades del Estado en la práctica contratan servicios de consultoría a través del procedimiento de mínima cuantía reglamentando en la Ley 1474 de 2011, es menester descender al caso concreto y definir, conforme a los criterios de aplicación normativa, cuál es la solución a la antinomia ya explicada; en efecto, atendiendo a las consideraciones doctrinales expuestas y lo analizado a lo largo del

presente artículo, tenemos que en virtud del criterio de especialidad normativa, según el cual la norma especial prima sobre la general, en materia de selección de consultorías para el Estado, debe aplicarse como modalidad de selección el concurso de méritos, previsto en la Ley 1150 de 2007, ello en razón a los siguientes aspectos relevantes: a) la regulación normativa especial contenida en la ley referida con respecto a la selección de consultores; b) la expresa prohibición legal contenida en el numeral 4º, artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, conforme al que en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia en la contratación de consultores; c) los criterios de calificación, ponderación y evaluación que resultan razonablemente acordes a la naturaleza del contrato y la labor a contratar, así como el campo de desempeño; d) la experiencia e idoneidad intelectual que se busca obtener del consultor como indicador de calidad y eficiencia para el servicio complejo por el que se le contrata; e) el riesgo social en la ejecución contractual, que se pretende mitigar a través de la selección del consultor por medio de los criterios objetivos ya referidos, y f) el riesgo bajo de incumplimiento contractual que se espera en razón de la calidad y la idoneidad que se busca del consultor, riesgo que no se puede contrarrestar o prevenir efectivamente con la sola consideración del precio de la oferta.

En gracia de discusión, podríamos referir que, bajo el criterio de temporalidad normativa, la Ley 1474 de 2011, al ser posterior, desplaza en su aplicación a la Ley 1150 de 2007; sin embargo, conforme a los argumentos doctrinales discurridos, nos inclinamos a su vez por la excepción a dicha regla, que consiste en que la ley general posterior no desplaza en su aplicación a ley especial anterior, tal como se expondrá más adelante.

En cuanto a la especialidad como criterio de aplicación normativa, Zerraga Vilches (2005) ha asegurado: “Resulta importante dejar establecido que la regla “norma especial prima sobre norma general” constituye un principio general del Derecho, y como tal, siguiendo la

doctrina española, podría cumplir con las dos funciones claramente diferenciadas asignadas a tales principios, esto es: (i) una función de “fuente” de Derecho, que permite la creación de normas jurídicas ante las denominadas “lagunas de derecho”, y (ii) una función “informadora” de Derecho, esto es, servir como idea fundamental que subyace al Derecho Positivo y que puede ser utilizado como criterio para la interpretación de normas jurídicas” (p. 114).

Así mismo, el autor referido ha indicado que el principio de especialidad “resulta relevante única y exclusivamente cuando se produce un supuesto de “conflicto normativo”, esto es, cuando necesariamente existen dos o más normas aplicables a un mismo supuesto de hecho que resultan incompatibles” (p. 116).

Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015 que “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”.

Razón por la cual concluimos que el criterio para elegir la modalidad de contratación de consultores, tal y como lo orienta el principio de selección objetiva, lo establece la especialidad del objeto a contratar, de tal forma que es de esta única manera que se satisface el interés colectivo y no aplicando un procedimiento que genera un menor costo sin que ello lo convierta en mayor beneficio social, situación que nos lleva a afirmar que en el caso concreto prima la aplicación del principio de selección objetiva.

Es necesario precisar que la dicotomía normativa generada por el legislador al considerar dos modalidades para la selección de consultores (el procedimiento de mínima cuantía regulado por la Ley 1474 de 2011 y el concurso de méritos establecido en la Ley 1150 de 2007) trasciende a la colisión de dos principios de rango legal en la contratación estatal, a saber: selección objetiva y economía en materia contractual. Es así que, al continuar en la línea de construcción

de alternativas viables que permitan superar dicha dicotomía, se presenta la ponderación de principios como una de ellas.

Si partimos de que la dicotomía normativa trasciende a la colisión de principios por considerarse que, mientras que en el concurso de méritos el principio de selección objetiva es determinante, en la mínima cuantía el principio de economía marca el derrotero para la escogencia del proponente, lo cual conlleva a considerar que sobre un mismo objeto —el contrato de consultoría— recaen modalidades disímiles soportadas en principios, que dentro del contexto normativo general resultan complementarios; en el caso concreto derivado de la antinomia, resultan colisionando.

Para Atienza (2017), el derecho tal como fue concebido hasta la década de los años 70 se ha venido transformado gracias a la emergencia de la cultura de los derechos humanos y aquello que se ha denominado el giro argumentativo. Se ha pasado de una forma interpretativa formalista a una de carácter argumentativo. Es dentro de estas últimas teorías del Derecho que ha tomado fuerza los aportes del Profesor Alemán Robert Alexy, particularmente la ponderación, haciendo presencia con mayor fuerza en el ámbito del Derecho Constitucional en el marco de la resolución de conflictos entre principios ubicados en este rango supralegal.

A propósito, Larenz (1978) resalta que “ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente” (s.p.) con lo cual aquellos criterios interpretativos de corte lógico-deductivos empiezan a ser complementados, en el marco de la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos, por criterios de corte argumentativos, tal como los propone Alexy. Lo anterior no quiere decir que del todo desaparezca la subsunción como fórmula para la adecuación normativa, sino que deja abierta la posibilidad de que existan situaciones fácticas que no se puedan adecuar

en una norma preestablecida o que encuentren diversas adecuaciones. Con ello se genera a su vez múltiples hipótesis de solución a un mismo caso, tal como ocurre con la selección en el contrato de consultoría, situación en la que, desde la teoría de la argumentación de Alexy, se debe acudir a la ponderación de principios. Alexy (2014) considera:

La base del argumento de los principios está constituida por la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas ‘mandatos definitivos’. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. (s.p.)

Así mismo, Alexy (2014) considera que “la ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios” (s.p.). Alexy construye la teoría de la ponderación enfocado claramente en los principios de rango constitucional, sin embargo, para algunos no resulta incompatible como procedimiento aplicarlos en principios de orden legal, como una opción válida para superar antinomias en casos concretos. Así que, la ley de la ponderación de Alexy considerada como: “cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2004, s.p.) puede ser aplicada en la interpretación legal que hacen las autoridades administrativas.

Si continuamos con la línea argumentativa, se ha manifestado que, de la antinomia ya evidenciada se desprende una colisión entre el principio de selección objetiva y el de economía. Ahora, al considerar en este caso concreto que el principio de economía soporta mejor la modalidad de selección conocida como mínima cuantía, mientras que el principio de selección objetiva se encuentra más cerca al concurso de méritos, la ponderación considerada desde el

punto de vista metodológico ofrecería optimizar uno de los dos principios en un caso concreto, con lo cual se resolvería la antinomia acudiendo directamente a los principios que orientan la contratación estatal.

En esta hipótesis de solución de conflictos de orden normativo-legal, a partir de la ponderación de Alexy, desde un punto de vista metodológico, no se considera desde una perspectiva determinista, que contraría la teoría de la argumentación, sino que se dispone a presentar a la administración una propuesta, si se quiere, alternativa, para resolver en vía de optimización de principios, un caso concreto de selección de proponentes al tratarse de contratos de consultoría.

En este orden de ideas tratando el caso concreto como lo establece Miranda (2016), la selección objetiva debe ser analizada como un principio de la contratación estatal (deber – regla de conducta), teniendo en cuenta que su aplicabilidad permite la escogencia de la oferta más favorable para los fines del Estado, Igual tratamiento debemos considerar al principio de economía tal y como lo ha establecido la jurisprudencia en Colombia como una orientación en el cumplimiento de los fines estatales buscando el mayor beneficio social a menor costo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-300,2012)¹⁷

Creemos que en el juicio de ponderación que deben emitir los operadores jurídicos en la contratación estatal no solo deben analizarse las normas en colisión, sino también los principios rectores que, como en el caso particular, presentan evidente tensión contrapuesta; se examina que Colombia Compra Eficiente antepone a la selección objetiva del consultor del Estado el principio de economía, sin embargo de su justificación no se desprende un estudio acucioso que nos lleve a la convicción de que la selección de consultor debe hacerse por el procedimiento de mínima cuantía, como ellos denominan, por ser una modalidad “especial” a todo objeto contractual que

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, C-849,2005.

honra el principio de economía con ocasión de la austeridad del gasto; no compartimos tal postura en la medida que, por un lado, la presentación de las ofertas y el costo que ellas generan están a cargo del proponente y el precio de la consultoría conforme a la normativa vigente puede ser objeto de consenso entre la Entidad y el oferente, dependiendo del campo de desempeño; así mismo, la labor compleja contratada requiere de una planeación previa y una correcta valoración objetiva en la etapa de evaluación, de manera que el objetivo principal de la Administración sea obtener la oferta más favorable a la entidad y los fines que ella persigue, que en el caso de consultorías del Estado, son fines de interés netamente general.

Finalmente, si en gracia de discusión se considerara que existe colisión con el principio de economía y fuese admisible la aplicación de la ponderación, aplicable a los derechos constitucionales fundamentales (Bernal, 2005) resultaría evidente la dificultad de establecer una jerarquía normativa, un punto de vista correcto para graduar su afectación (leve, media o intensa) o para fijar su peso abstracto, no obstante ello, creemos, como consecuencia del ejercicio racional de interpretación de las normas estudiadas realizado, que la selección objetiva tendría mayor peso considerando la totalidad de argumentos presentados, entre ellos, la finalidad del contrato, su especialidad, sus características, el efecto adverso de la falta de idoneidad y, en cualquier caso, respaldados por el fallido proyecto de ley, la doctrina autorizada y los usos del derecho extranjero, todo lo cual nos permite afirmar que la selección de consultores por el procedimiento de mínima cuantía es violatorio a los principios de selección objetiva y eficiencia, respetando los desacuerdos que nuestro punto de vista pueda suscitar.

V. Inaplicabilidad normativa por ser contraria a la Ley

Los argumentos expuestos en precedencia conllevan a analizar la posibilidad de inaplicar las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011, en lo referente al procedimiento de mínima cuantía para la selección de consultores, ello en razón de la prohibición legal consistente en considerar el precio como criterio de escogencia en este tipo de contratos.

Para tal efecto, tenemos que la excepción de inaplicabilidad se predica respecto a normas contrarias a la Constitución, ello conforme al artículo 4º de la Carta Política; ahora, si bien el principio de selección objetiva establecido por vía legal como rector en materia contractual no está a su vez descrito o enlistado en forma taxativa en el artículo 209 del texto constitucional, el mismo sí preceptúa que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”, tal acepción superior permite determinar que toda la función pública, incluyendo la gestión contractual, debe estar sujeta a tales principios, pero más allá de tal noción conceptual o relación de sujeción, es claro que el Constituyente, al precisar la expresión “intereses generales”, abre una brecha importante en la medida en que los principios referidos en el artículo no se limitan a la literalidad del texto, sino que verdaderamente se fundan en valores superiores como el bienestar colectivo, luego es dable predicar a su vez que la selección del consultor bajo una modalidad que no consulta los principios y valores que rigen la función pública, además de ir en contravía de la norma especial, quebranta el principio de confianza legítima de la comunidad, bajo el entendido de que la expectativa del conglomerado social es que la administración pública opte y adelante los procesos coherentes con la finalidad general que persigue, luego si la consultoría requiere de personal dotado de amplia capacidad intelectual, para la efectiva adquisición de un bien o servicio, precisamente por la incidencia social del objeto contractual, la ciudadanía espera legítimamente que la entidad estatal elija el

mejor, no obstante, bajo la modalidad de mínima cuantía no se garantiza tal situación, lo que quebranta a su vez el principio mencionado.

De conformidad con lo anterior, tenemos que el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, que regula el procedimiento de mínima cuantía como modalidad de selección, se torna inaplicable para efectos de escoger al consultor del Estado, por ser éste un proceso contractual adverso a la expresa prohibición legal contenida en el numeral 4º, artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, pero lo más importante, más que contravenir un precepto de rango legal, vulnera flagrantemente el artículo 209 Constitucional, ya que desconoce el interés general como valor superior y objetivo de la función pública, ya que como antes se ha sustentado, la consultoría como labor al servicio del Estado requiere de alto contenido intelectual, cuyas experiencia e idoneidad deben ser plenamente establecidas por la entidad contratante para asegurar la calidad del servicio prestado, ya que un efecto adverso en la ejecución contratada genera un alto impacto social; luego, cómo no predicarse afectación al interés general si, verbigracia, un consultor en diseños de obras públicas presta asesoría de baja calidad al Estado y, con ocasión de ello, la obra construida con base en tales diseños no cumple con su utilidad. Para nosotros, es claro que la consultoría estatal cumple en su esencia con una finalidad colectiva, aspecto que no es garantizado por el precio de la oferta más baja ofrecida por el proponente en relación con sus servicios.

Entonces, la inaplicación normativa referida por el operador jurídico no requiere de la declaratoria del órgano de cierre en materia constitucional, de esta manera se ha comprendido en otros sistemas legales como el de Alemania. Precisamente, sobre el particular, Mendieta González (2008), ha sustentado:

El juez ordinario en Alemania está obligado a inaplicar una norma que considera contraria a la Constitución, este constituye un control de validez de los actos del legislador y los demás actos con fuerza de ley, pero solo de carácter suspensivo y

transitorio, hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie de manera definitiva (p. 9).

Ahora, en materia de controversias contractuales, no es el Juez el único llamado a decidir sobre la inaplicabilidad normativa en razón de un litigio, pues toda entidad contratante tiene la obligación, en su ejercicio contractual, de acudir a las normas que de mejor manera cumplan el efecto útil para el cual fueron expedidas.

VI. Soluciones

Lo expuesto hasta ahora permite plantear como solución a la problemática presentada y relacionada con la antinomia de normas de carácter contractual frente a la modalidad de contratación de consultorías, la aplicación del *criterio de especialidad*, en el entendido de que se debe aplicar la norma especial sobre la general; para el caso concreto, la especial que regula el contrato de consultoría de manera clara y expresa es la ley 1150 de 2007, que establece la modalidad de concurso de méritos para esta clase de contratación y señala como factores de selección la experiencia y la idoneidad, sin atender el precio, tal como se argumentó.

Si bien es cierto, la Ley 1474 de 2011 consagra la modalidad de contratación de mínima cuantía atendiendo el factor de precio, este tipo de contratación es utilizada para cualquier objeto contractual, por lo que para el caso sería norma de carácter general y su motivación no tiene la especialidad que reviste la Ley 1150 de 2007 en materia de selección de consultores.

Es así que, en la contratación de consultores, el criterio de escogencia debe valorar la experiencia y el intelecto del oferente, así como su idoneidad en la especialidad requerida por la

administración, sin que el precio de la consultoría pueda constituirse, desde ninguna circunstancia, en criterio de selección.

Ahora bien, la norma especial es aquella que regula de manera particular y específica una situación, un supuesto o una materia concreta. Sobre el criterio de especialidad, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de unificación del 13 de febrero de 2014, estableció:

... De acuerdo con el tercer criterio, precisamente el de la *lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, pues la ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por el legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla *suum cuique tribuere*. Se comprende entonces que la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería bloquear ese desarrollo.

La situación de antinomia creada por la relación entre una ley general y una ley especial corresponde al tipo de antinomia total - parcial. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino sólo aquella parte de la ley general que

es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia parcialmente. Cuando se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, generalmente se elimina totalmente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica, que no suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican cuando surge una antinomia y el tercero se aplica porque se presenta una antinomia.¹⁸ (Cursivas del original).

Ahora bien, es posible que, a su vez, exista conflicto o pugnacidad entre cualquiera de los citados criterios para definir la aplicación de la ley en el tiempo, concretamente entre el cronológico y el de especialidad, ya que con el de superioridad no puede desencadenarse debido a que es prevalente este último frente a los dos restantes.

En otros términos, es necesario definir qué ocurre cuando la ley posterior (criterio cronológico) regula o se refiere a una materia previamente legislada en una ley anterior pero especial (criterio de especialidad).

Sobre el particular, la doctrina autorizada ilustra la situación y la solución de la siguiente forma:

2. Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico. Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior - especial es incompatible con una norma posterior - general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se le da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. **También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Con base en esta regla, el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto a favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior.** Ello lleva a una excepción ulterior al principio *lex posterior derogat priori*, ya que este principio desaparece no sólo cuando la *lex posterior* es inferior, sino también cuando es general (y la *lex prior* es *specialis*).” (Negritas y Subrayas fuera del texto).

¹⁸ BOBBIO, Teoría General del Derecho”, Ed. Debate, Madrid, 1993, pág. 204 a 207.

Atendiendo lo anterior, es preciso señalar que tanto la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, y la ley 1474 de 2011, por la que se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, son leyes de la misma jerarquía por tratarse de leyes ordinarias.

La ley general para el caso concreto sería la Ley 1474 de 2011, que fue expedida con posterioridad a la Ley 1150 de 2007, que es la norma de carácter especial, como quiera que esta regula de manera específica la selección de consultor mediante el concurso de méritos y establece como factor la calidad del mismo excluyendo de forma expresa el precio; en ese orden, pese a expedirse con anterioridad por su carácter especial prima sobre la posterior.

Sobre este punto, señala Tardío Pato (2001) la siguiente hipótesis: “Si la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos de distinta cronología e idéntico rango jerárquico y el documento en el que se halla la norma general es posterior a aquel en el que se encuentra la norma especial, entran en tensión los principios de especialidad normativa y de temporalidad de las normas” (p. 207).

Al respecto, y resolviendo tal hipótesis, indica lo siguiente:

En la jurisprudencia italiana existen manifestaciones para resolver el conflicto tanto de la aplicación prevalente del criterio cronológico sobre el de especialidad como viceversa..., y su Tribunal Constitucional ha llegado a declarar que no es verdad en absoluto la máxima de que *lex posterior generalis no derogat priori speciali* (es decir, la primacía del criterio de especialidad sobre el cronológico) y que lo que debe prevalecer es la interpretación de la intención del legislador, *voluntas legis*, de modo que no debe excluirse el que dicha interpretación evidencie una amplitud de la ley general posterior tal que no tolere excepciones,

ni siquiera de parte de leyes especiales, las cuales quedan de ese modo tácitamente abrogadas (p. 207).

En este orden de ideas, para el estudio elaborado, es claro que en el evento de presentarse un conflicto normativo entre una norma de carácter especial y una general prima la especial, atendiendo que la misma regula de forma específica un determinado tema, y pese al criterio cronológico, siempre debe atenderse a la motivación del legislador, quien al proferir una ley especial busca regular de manera exclusiva y taxativa una materia.

Conclusiones:

1. Las Entidades Públicas del Estado, al optar por la modalidad de selección de mínima cuantía para la contratación de consultores y definir su selección con base en el factor precio, están obrando contra expresa prohibición legal prevista en el numeral 4°, artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en que se señala que en ningún caso se podrá incluir el mismo como criterio de escogencia.
2. La tendencia normativa y doctrinal en torno a la selección de consultores del Estado se ha inclinado por sustentar que la consultoría como labor especializada y de alto contenido intelectual atiende a criterios de evaluación que propendan por la calidad del servicio.
3. Los operadores jurídicos en materia de contratación estatal someten el contrato de consultoría a un proceso simple, como es el de mínima cuantía, en razón únicamente del factor precio, desconociendo que el concurso de méritos como proceso de selección para consultores del Estado es la modalidad contractual, establecida para la

escogencia de consultores, la cual goza de regulación normativa especial con criterios de selección previamente definidos, que no pueden ser ignorados a través de la ley posterior general.

4. El hacer extensivo al contrato de consultoría el precio como criterio de selección perteneciente al procedimiento general de mínima cuantía, vulnera directamente el principio de selección objetiva, al comprender la oferta más favorable como aquella de menor valor, grave error de noción conceptual, cuando la favorabilidad de la propuesta económica en materia de consultoría reposa sobre las características técnicas de la misma, como aspecto indicador de eficiencia y calidad en la ejecución contractual.
5. Pese al amparo legal disímil para contratar por el Estado, debe indicarse que la voluntad del legislador y el fin de la contratación de este tipo de actividades especiales requieren de un conocimiento técnico y especializado, que debe ceñirse a un procedimiento estricto y exigente que permita escoger al mejor por sus calidades y experiencia, y no por el menor valor de la propuesta.
6. No se desconoce que en el ordenamiento legal colombiano, en materia contractual, se encuentran vigentes dos modalidades alternas para la selección del consultor del Estado, efectivamente se trata del concurso de méritos y la invitación pública de mínima cuantía, situación según la cual, en principio, la entidad contratante en virtud de la discrecionalidad administrativa que le asiste podría elegir libremente cualquiera de las dos opciones presentadas, sin embargo, la introducción del concepto jurídico indeterminado “oferta más favorable” en el panorama contractual mencionado, reduce ostensiblemente la potestad discrecional en comento y la supedita a que la solución al

problema jurídico planteado, sea una sola y se resuelva bajo una visión finalista, misional frente a lo que representa el interés general o público en la contratación pública y el fin que persigue la escogencia del consultor bajo criterios de idoneidad, calidad, experiencia, capacidad organizacional, dejando a un lado el aspecto económico por no compadecerse con tal postulado constitucional.

7. Por lo tanto, en virtud del criterio de especialidad normativa y su validez en el ordenamiento jurídico, al celebrarse un contrato de consultoría, las entidades estatales deben acudir al concurso de méritos como única alternativa de selección, e inaplicar, por su generalidad y ser contrarias a la ley, las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011; en cuanto los ámbitos de validez de dicha ley, para el caso concreto, no tienen potencial de desplazar en su aplicación a la Ley 1150 de 20017 para la contratación de consultores, ello en la medida que, bajo el criterio jerárquico, la Ley 1474 de 2011 ostenta el mismo rango legal que la Ley 1150 de 20017, así mismo, conforme al criterio de especialidad la primera se torna general respecto a la regulación especial contenida en la segunda y, finalmente, en atención del criterio de temporalidad, pues si bien la primera ley es posterior, su generalidad frente a la materia que intenta regular tiene como efecto la aplicación preferente de la segunda ley referida, que es anterior pero especial.
8. Las normas objeto de análisis se repelen entre sí, teniendo en cuenta los factores de selección a valorar en una y otra modalidad, pues mientras en la selección por mínima cuantía es el precio, en el concurso de méritos son la calidad y la experiencia del proponente.

9. La celebración de contratos de consultoría por la Administración Pública a través del procedimiento de mínima cuantía genera nulidad absoluta sobre los mismos, en razón de que se adelantan con desconocimiento de expresa prohibición de rango legal y, por ende, están incursos en el causal que invalida la actuación conforme al artículo 44, numeral 2° de la Ley 80 de 1993.
10. Es así que esta abismal diferencia entre una y otra norma es factor determinante para concluir que la norma especial prima sobre la general, en pro del querer del legislador y, lo más importante, en favor del interés general, pues es la sociedad la que al final se va a beneficiar con el bien, la obra o el servicio prestado en la consultoría.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

1. Alexy, R. (2004). *El Concepto y la Validez del Derecho* (Segunda ed.). Barcelona, España: Editorial Gedisa.
2. Arias, Gayoso G (2010). Universidad Católica de Uruguay, *Revista de Derecho, a vueltas con la discrecionalidad administrativa*.
3. Atienza, M (2017). *Filosofía del Derecho y Transformación social*. Madrid, España: Editorial Trotta.
4. Baca Oneto, V. (2012) Círculo de Derecho Administrativo. *La discrecionalidad administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Perú.
5. Bobbio, N. (1999). *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis. Bogotá.
6. Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado. Bogotá.
7. Carrillo de la Rosa, Yesid y Pereira Blanco, Milton (2017). *Revista Digital de Derecho Administrativo, principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la Administración Pública: Análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales*.
8. Cassagne, J.C. (2009) *Derecho Administrativo, Tomo II, Pontificia Universidad Javieriana*. Bogotá.
9. Cassagne, J.C. (2009) *El Contrato Administrativo, Tercera Edición*. Buenos Aires.
10. Cassagne, J.C. (2009). Foro Jurídico. *La Discrecionalidad Administrativa*, Buenos Aires.
11. De Vivero, F. (2008). La regulación del proceso de selección del consultor: ¿fuente de inseguridad jurídica?, en *Revista de ingeniería*. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. ISSN. 0121-4993.

12. Federación Panamericana de Consultores (FEPAC). *Lineamientos y recomendaciones de la FEPAC para la selección y contratación de servicios de consultoría* (noviembre 2009). Recuperado el 5 de noviembre de 2015 de:
<http://studylib.es/doc/7991688/lineamientos-y-recomendaciones-de-la-fepac-para-la-selecc...>
13. García Murillo, J.G. (2009). *Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones*. Revista electrónica de derecho, ISSN-e 1870-2155, N°. 5, 2007 Documento recuperado del enlace <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/-revista-numero-05-otono-septiembre-2007-marzo-de-2008?download=61>
14. García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomas Ramón (2003), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, España.
15. González Mendieta, D. (2008). La inaplicación de normas por su inconstitucionalidad como forma de control constitucional: algunos aspectos relevantes de esta figura, en *Revista Pensamiento y Poder*. Corporación Universitaria Remington, V.1 (1), p. 9 (En línea). Consultado el 22 de mayo de 2017. Disponible en el enlace:
<http://fer.uniremington.edu.co/ojs/index.php/PYP/article/viewFile/44/55>.
16. Gordillo, A. (1997). *El contrato de servicios de consultoría*, Parte General [En línea]. Recuperado el 5 de noviembre de 2015, de http://www.gordillo.com/tomo1.html_p.874.
17. Guastini, R., *Antinomias y Lagunas*. Documento recuperado del enlace:
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/antinomias_y_lagunas.pdf.
18. Lamprea, P.A. (2007). *Contratos Estatales*. Editorial Temis S.A. Bogotá.
19. Marín Hernández, Hugo (2007), Universidad Externado de Colombia, *discrecionalidad administrativa*, Bogotá.

20. Manual de la Modalidad de selección de mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente
(En línea). Consultado el 12 de diciembre de 2016. Disponible en internet en el sitio:
http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia_web_03_0.pdf.
21. Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana, en *Revista Verba Iuris*, 11(35). Recuperado del enlace:
<http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/35/seleccion-objetiva.pdf>.
22. Mora, Reynaldo (2012). *El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública. Justicia Juris*, Vol. 8. N° 1. Enero - Junio 2012 Pág. 92-105
Recuperado del enlace: <http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/255>
23. Morales Ruiz, J.J. (2011). *La antinomia derivada del proceso constitucional democrático en Guatemala*. Documento recuperado del siguiente enlace:
http://www.jjmoralex.com/yahoo_site_admin/assets/docs/LA_ANTINOMIA_DERIVADA_DEL_PROCESO_CONSTITUCIONAL_EN_GUATEMALA.154220931.pdf.
24. Palacio Hincapié, J.A. (2003). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá.
25. Ramírez Rusinque, I. (2014). Menor valor: ¿oferta más favorable? En *Revista digital de Derecho Administrativo*, (11), (209-251). Recuperado de
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3832/4025>
26. Rico Puerta (2008), L.A. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. 5ª ed. Editorial Leyer. Bogotá.
27. Sainz Moreno (1976), *Conceptos Jurídicos, Interpretación Y Discrecionalidad Administra Civitas Ediciones España*

28. Suarez Montaña, F. (2008). Consecuencias de la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008, para la selección de ingenieros consultores, en *Revista de ingeniería*. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. ISSN. 0121-4993.
29. Silva Fajardo, G. (2008). Efectos derivados del cambio del factor calidad por el factor precio en la contratación de la ingeniería de consulta, en *Revista Ingeniería* No. 27, Universidad de los Andes. ISSN. 0121-4993. Bogotá.
30. Tardío Pato, J.A. (2001) *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Documento recuperado del siguiente enlace:
<http://www.serranocid.com/documentos/Principio%20de%20Especialidad%20Normativa..pdf>.
31. Villoslada Gutiérrez, M. (2013) Universidad de la Rioja, *el control de la discrecionalidad*. España.
32. Vidal Perdomo, J (2005) Universidad del Rosario, *Temas de derecho administrativo contemporáneo*. Bogotá.
33. Zegarra Vilchez, J.C. (2005). *Aplicación del principio de especialidad en las normas tributarias*. Recuperado del enlace:
http://www.ipdt.org/editor/docs/05_Rev43_JCZV.pdf.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativos Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Auto del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), Exp. 48521.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas, sentencia del 8 de septiembre de dos mil once (2011), Referencia: 11001-3103-026-2000-04366-01.

Corte Constitucional. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, sentencia del 29 de octubre de 2002.
Referencia C – 918 de 2002.

Corte Constitucional. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia del 16 de julio de 2015.
Referencia: C - 451 de 2015.

Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia del 25 de abril de 2012.
Referencia: C - 300 de 2012.

Corte Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentería, sentencia del 17 de agosto de 2005.
Referencia: C - 849 de 2005.

Normatividad

Congreso de la República (28 de octubre de 1993). Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación. (Ley 80 de 1993) DO: 41.094.

Congreso de la República (16 de julio de 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. (Ley 1150 de 2007) DO: 46.691.

Congreso de la República (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (Ley 1474 de 2011) DO: 48.128.

Congreso de la República (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional" (Decreto 1082 de 2015) DO: 49.523.