

**INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS EXTRALEGALES REGULADORAS DE
CONFLICTO DE INTERESES EN EL PLIEGO DE CONDICIONES**

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS



Estudiante: PAULA ANDREA BRAVO ROSERO
Directora del trabajo: PAULA COMELLAS ANGULO

MAESTRÍA DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C., 2021

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO FUNDAMENTO PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN CONFLICTO DE INTERÉS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	3
2.1 Principio de moralidad administrativa	4
2.2 Principio de transparencia	9
2.3 Principio de selección objetiva	11
2.4 Concepto de libre concurrencia y sus justos límites	13
3. REFERENTES CONTEXTUALES, LEGISLATIVOS Y JURÍDICOS DEL RÉGIMEN DE INHABILITACIONES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN EN COLOMBIA	16
3.1 Tendencia de la Corte Constitucional	20
3.2 Tendencia del Consejo de Estado	22
3.3 Tendencia de Colombia Compra Eficiente	24
3.4 Tendencias doctrinales respecto de los conflictos de intereses / limitación de la libre concurrencia para evitar los conflictos de intereses	28
4. CASOS PRÁCTICOS QUE DEMUESTRAN LA PROBLEMÁTICA	31
4.1 Sentencia del 13 de abril de 2016 proferida por la sección tercera del Consejo de Estado:	31
4.2 Resoluciones 2294 del 2019 y la 2998 del 2019 del Ministerio del Trabajo	32
4.3 Versión 01 de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura - Colombia Compra Eficiente	33
4.4 Pliego de condiciones del concurso de méritos para la interventoría vigente aún del segundo tramo de la ruta del sol	33
4.5 Versión 03 de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura - Colombia Compra Eficiente	34
5. TEORÍA DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL, ANÁLISIS ANTI-FORMALISTA Y DE CONTRASTE DEL NÚCLEO DURO DE PRINCIPIOS COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA	35
6. CONCLUSIONES	43
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMEN

En el derecho de la contratación estatal existe la figura de las de inhabilidades e incompatibilidades para poder hacer parte de un negocio con el Estado, allí entonces se regula la forma en que se manifiesta jurídicamente la figura de conflictos de intereses. Sin embargo, en la práctica se dan casuísticas que naturalmente presentan este tipo de conflictos que no cuentan con una causal taxativa en la Ley, presentándose la tesis pro legalista, en la cual sencillamente no es viable concebir una forma de conflicto de intereses que no cuente con sustento de legalidad. No obstante, existe una segunda tesis que prueba que jurídicamente sí es viable instalar este tipo de cláusulas en los pliegos de condiciones, utilizando el derecho anti formalista que regula nuestro sistema jurídico, la ponderación de los principios basándose en el núcleo esencial del derecho fundamental y por último, en lo que resulta a la prevalencia del interés general sobre la legalidad desde la perspectiva finalista y no de la forma positivista.

Palabras clave: Inhabilidades, incompatibilidades, pliego de condiciones, antiformalismo, teoría del núcleo duro del derecho fundamental.

ABSTRACT

In the law of state contracting there is the figure of the forms of inabilities and incompatibilities to be able to do part of a business with the State, there then the way in which the figure of conflicts of interest is legally manifested is regulated, however in practice There are cases that naturally present these types of conflicts, however they do not have an exhaustive cause in the Law, presenting the pro-legalist thesis, in which it is simply not feasible to conceive a form of conflict of interest that does not have legal support , and there is a second thesis that proves that legally if it is feasible to install this type of clauses in the specifications, using the anti-formal law that regulates our legal system, the weighting of the principles based on the essential core of the fundamental right and lastly, regarding the prevalence of the general interest over legality from the end perspective and not in the positivist way.

Key words: Disabilities, incompatibilities, specifications, anti-formalism, theory of the hard core of fundamental law.

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene la finalidad de analizar una temática de suma importancia en la evolución del derecho de la contratación administrativa, específicamente, la figura jurídica de las cláusulas regulatorias de conflicto de intereses en los pliegos de condiciones para la selección de contratistas. Dicho aspecto presenta una problemática o tensión clara, que encuentra lugar en la tesis de la irrestricta legalidad, indicativa a que las formas de conflicto de intereses sólo pueden ser aquellas instaladas en la Ley y esto según la Corte Constitucional obedece a la obligatoriedad del principio de legalidad en este tipo de situaciones jurídicas.

Por otro lado, la teoría que encuentra tensión con lo anteriormente señalado refiere a una tesis comentada por el Consejo de Estado, la cual indica que si bien debe existir legalidad en dicha forma regulatoria de conflictos de intereses para la selección del contratista, es posible que sean configuradas por la Administración en los pliegos de condiciones. Encontrando así como fundamento de la presente investigación, que en la práctica ocurren varios eventos donde las entidades estatales han creado cláusulas adicionales que regulan la materia. Ello se debe a que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no abordan las suficientes situaciones de conflictos de interés aplicables a los particulares que deseen contratar con el estado. Por lo que así las cosas, este escrito tiene la finalidad de comprender jurídicamente como opera esta figura.

En ese orden de ideas, la presente investigación girará en torno a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la vía jurídica para que sea posible incluir cláusulas en el pliego de condiciones que regulen el conflicto de intereses, en causales diferentes a las establecidas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la selección del contratista?

En cuanto a los objetivos de esta investigación, el primero implica comprender los principios de la contratación estatal como fundamento para la configuración de conflictos de intereses en la etapa precontractual, observando a nivel específico el concepto y alcance de los principios de moralidad, transparencia, selección objetiva y libre competencia y sus

límites. El segundo objetivo advierte y analiza las tesis de la Corte Constitucional, Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado y la doctrina, respecto de la posibilidad de incluir cláusulas regulatorias de causales extralegales de conflictos de intereses a contratistas en el pliego de condiciones, En primer lugar, la de la Corte Constitucional con tintes restrictivos, seguidamente el Consejo de Estado a favor de la imposición de cláusulas que regulen conflictos de intereses por fuera del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, Colombia Compra Eficiente adoptando una postura mixta, y por último desde el punto de vista doctrinal igualmente a favor y en contra.

Como tercer objetivo, se aborda el estudio de los casos prácticos en los cuales dichas tensiones de las instancias judiciales y doctrinales generan problemas materiales de inseguridad jurídica. Donde posteriormente, como cuarto objetivo y parte propositiva de la investigación, se plantea como solución la teoría de la prevalencia del interés general, análisis anti formalista del estado social de derecho y contraste del núcleo duro entre los mandatos de legalidad y moralidad administrativa – buena administración pública. De lo cual, por medio de la hipótesis del presente escrito se tiene la posibilidad de configurar cláusulas adicionales al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que regulen situaciones de conflicto de intereses del contratista, fijando como finalidad una contribución al desarrollo de dicha figura, teniendo en cuenta las necesidades que actualmente demandan las administraciones públicas a la hora de estructurar sus pliegos de condiciones en los procesos de selección.

Finalmente, para llegar a la respuesta de la pregunta problema de esta investigación se hace uso de una metodología deductiva por cuanto se parte del postulado general de los principios, teorías y posiciones de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente, filtrando un análisis doctrinal, para así llegar a la especificidad que resuelve un conflicto de trascendental en el contexto del contrato estatal. Asimismo, se realiza una exploración cualitativa en razón al juicio de valor a las tesis de los organismos judiciales y doctrinales relacionadas anteriormente, permitiendo llegar a una conclusión.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO FUNDAMENTO PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN CONFLICTO DE INTERÉS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Si quiere comprenderse y responderse la pregunta problema de la presente investigación, resulta de vital importancia entender el margen de acción de los principios de la contratación pública y con base en ello, vislumbrar la naturaleza jurídica del sistema, para agotar metodológicamente los siguientes subcapítulos del texto. En ese sentido, Duque y Vanegas (2019) explican de forma general que el Estado Colombiano está fundado como un Estado Social de Derecho con una base de principios constitucionales, de los cuales se desprende el resto del ordenamiento, señalando en su propósito el cumplimiento del interés general y la eficiente prestación del servicio público.

Así las cosas, y en razón a la naturaleza jurídica de los principios orientadores de la actividad contractual pública, se observa que los mismos brindan la base teórica para materializar la respuesta a la pregunta problema, de lo cual Estrada (2016) explica que “la expresión “principios generales del derecho” es polisémica, y en atención a la presencia de varios significados, se comprende la existencia de diferentes perspectivas” (p. 51). Precisamente, en determinados sistemas jurídicos, estos corresponden a un mandato moral y no son vistos como norma jurídica imperativa, de conformidad con lo señalado por Vecchio (1971), haciendo referencia a que los principios son categorías subsidiarias y su aplicación es procedente siempre y cuando exista un vacío en la normatividad que no puede ser resuelto.

Por otro lado, la segunda postura, es la comprensión de los principios como normas jurídicas. Según Estrada (2016) esta se subdivide en dos, la primera es la teoría fuerte- débil, señalando “que ve en los principios normas jurídicas, pero que solo ejercen funciones subsidiarias, como la de interpretar, integrar y crear derecho” (p. 34). Es decir, vistos como herramientas auxiliares algo parecido a la interpretación de los mismos como reglas o mandatos extralegales. En cuanto a la segunda tesis del autor, se plantean como un conjunto de normas jurídicas principales respecto de las cuales se desprende el resto de la codificación y normativa colombiana. Así pues, partiendo de las tesis expuestas, particularmente se

observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia es una ley de principios, razón por la cual esta especialidad definitivamente se encuentra en la posición de observar los principios como normas jurídicas principales, de los cuales se analizará jurisprudencial y doctrinalmente su aplicación al caso en concreto con la finalidad de continuar con los siguientes objetivos.

2.1 Principio de moralidad administrativa

En primer lugar, se abordará el concepto de la moralidad de lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de la sección tercera del 30 de agosto de 2007, hace referencia al carácter indeterminado relacionado con la obligación de obrar correctamente y la dificultad per se, de otorgarle un significado por cuanto depende de la construcción que tenga cada individuo acerca de lo bueno, distinguiendo a la moral social como un conjunto de reglas elaboradas e impuestas por distintas instituciones como el estado, la familia o la empresa para consensuar comportamientos calificados como éticamente virtuosos. Es decir, teniendo en cuenta lo anterior se puede realizar la transformación de la moralidad con el propósito de convertirse en una institución jurídica al ser un principio rector de la actividad estatal, resaltando la importancia de la creación de una moralidad objetiva para que perdure la vida en comunidad, por cuanto a partir del consenso se legitiman o no conductas del ser humano,

Bajo ese entendido, la Constitución Política ha calificado a la moralidad en el derecho administrativo como el comportamiento que provenga de la Administración debe estar al servicio del interés general propendiendo el cumplimiento de los fines del estado. Por consiguiente, y partiendo de la base y definición constitucional se tiene que la moralidad administrativa abarca dos perspectivas a saber i) principio constitucional de la función administrativa en el artículo 209 de la Constitución reglamentado a través de la Ley 489 de 1998; ii) derecho colectivo plasmado en el artículo 88 superior regulado por la Ley 472 de 1998, y por último encontrándose como mandato de las actuaciones y procedimientos administrativos en virtud de lo señalado en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011.

Inicialmente, la Corte Constitucional en sentencia C-449 de 1992, señaló que la actividad contractual del Estado es una forma de la gestión administrativa, toda vez que a través de ella el estado adquiere la provisión de bienes y servicios para el logro de los fines que persigue. Así las cosas y con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expide Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en su artículo 23, se dispone que las actuaciones en materia de contratación estatal se regirán acorde a los principios del derecho y el derecho administrativo.

Ahora bien, centrándonos en la definición de moralidad administrativa como principio que rige la contratación estatal se observa que la finalidad de esta figura es que todas las actuaciones de los servidores públicos tengan como único propósito la satisfacción del interés general, sin que en ejercicio de sus competencias regladas o discrecionales interfieran intereses subjetivos o particulares del servidor público (Polanía, 2014). Por lo anterior, resulta importante entender el concepto de interés general como criterio validador de las actuaciones contractuales de la Administración Pública y en ese orden de ideas, Parejo citado por (Marín, 2007) trata de plasmar una definición del interés general como:

“Un principio general, de rango constitucional que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del derecho referido a la identificación y satisfacción de la necesidades y los fines públicos (abierto en tanto que propios de una comunidad político-administrativa reconocida como tal), imputándolos a precisos sujetos públicos (administradores) y legitimando la actividad de estos, que se precisa para su satisfacción” (p.42).

De lo anterior, se concluye que el interés general se refiere a un concepto indeterminado, por cuanto no se observa un límite en su aplicación ya que responde a nociones abiertas y generales, razón por la cual al tener dicha característica su concreción se verá materializada en cada actuación o decisión proferida por la Administración Pública. Así las cosas, de conformidad con lo señalado en el artículo 4° de la Ley 489 de 1998, un parámetro de interpretación del mismo corresponderá a la satisfacción de las necesidades generales que persigue la comunidad, que en tratándose del ámbito de la contratación estatal

será la correcta prestación de los servicios a cargo del estado, con el propósito de que se garantice el cumplimiento de derechos fundamentales como la vida, la salud en conexidad con la vida o libre locomoción entre otros.

De esta manera, se puede ver como desde la moralidad administrativa los intervinientes de un proceso de contratación público han de apartarse de toda clase de subjetividad al momento de realizar una actuación en nombre del Estado, específicamente en la selección del contratista que será el colaborador de la entidad estatal para el cumplimiento de los fines que ella persigue, lo que trae como consecuencia que si la actuación de un servidor público o cualquier interviniente se encuentra motivada por la satisfacción de un interés particular, dicha conducta será calificada de inmoral en el ámbito del ejercicio de la función administrativa. En segundo lugar, la moralidad administrativa vista como derecho colectivo es definida por el Consejo de Estado en sentencia de la sección tercera del 14 de abril de 2010, así:

“Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación”

Revisado lo anterior, se tiene que la moralidad administrativa vista como derecho colectivo corresponde a una noción general de tipo abierta, al igual que en su vertiente de principio de la función pública, razón por la cual en cada caso concreto corresponderá al juez constitucional hacer la valoración del desconocimiento al interés colectivo en mención, basándose en los principios que inspiran el ordenamiento jurídico constitucional y legal. En ese sentido, al consultar la jurisprudencia constitucional se encuentra que el juez popular al momento de valorar la actuación proferida por la Administración no solo no debe ceñir su estudio a la estricta legalidad, por cuanto en adición a ello deberá ir acompañado de una

desviación del poder generando un provecho del interés particular en detrimento del general, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009.

Así pues, en relación con la protección a la moralidad administrativa como derecho colectivo, procede la acción popular regulada por la Ley 472 de 1998, entre tanto se invoque la causal de vulneración del derecho y se solicite la cesación de la acción que lo ocasione. De lo cual en el ámbito de la contratación estatal el juez popular está facultado para adoptar medidas a fin de evitar dicha amenaza o vulneración, sin que pueda decretar la nulidad del contrato en virtud de lo señalado en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo expuesto, se puede ver que la declaratoria de nulidad del contrato estatal se reserva para competencia de la jurisdicción contencioso administrativo. Razón por la cual y en virtud de la finalidad que persigue la moralidad administrativa, traducida en la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del estado, se observa que de presentarse una vulneración respecto de este principio orientador de la función administrativa es procedente la declaración de nulidad absoluta del contrato, invocando la desviación de poder descrita en la causal 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En relación con la nulidad del contrato estatal por desviación de poder, según Yong (2015) ocurre:

“Cuando el servidor público encargado de dirigir el procedimiento de selección de contratistas, se desvía de la finalidad y continua que se persigue en la ley contractual, como es la de cumplir los objetivos estatales y la continua y eficiente prestación de los servicio, al celebrar un contrato de manera torticera y con el fin de favorecer a terceros, o así mismo.”(p. 274).

Así las cosas, y retomando lo explicado por la doctrina y jurisprudencia se puede ver que no existe discusión alguna en cuanto que el contrato estatal es un instrumento al servicio de los intereses ciudadanos, por tanto es importante resaltar que el contratista de la

Administración en ningún momento ya sea en la participación de un proceso de selección o ejecución del contrato puede perder de vista el horizonte trazado por el ordenamiento jurídico en su rol de colaborador al interés general. De lo anterior, la Ley 80 de 1993 ha querido asegurarse señalando en su artículo 3° que los contratistas son colaboradores de la entidad estatal en el cumplimiento de los fines que persigue, desarrollando una función social. Motivo por el cual, se concluye que la satisfacción del interés general no es un tema exclusivo del funcionario público.

Seguidamente, y en relación con la procedencia de la acción judicial de declaratoria de nulidad del contrato estatal contenida en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, se señala que las partes del contrato, el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo se encuentran legitimados para invocar su nulidad, observándose una diferencia con respecto a lo señalado en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Justamente, para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cualquier persona puede alegar la nulidad absoluta del contrato estatal sin la imposición de probar un interés directo de lo cual, en el contexto de esta investigación se traduce en una nueva barrera impuesta por legislador de la Ley 1437 de 2011, por cuanto debería primar lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, por ser la norma especial que regula la materia, en el entendido que el interés general pertenece a toda la comunidad y por tanto no es exclusivo de un grupo de personas.

Posteriormente, y como conclusión del principio de moralidad administrativa, resulta importante comprender que en el ámbito de la contratación pública, la Administración tiene un deber fuerte de corrección y vigilancia. Esto con ocasión de la obligación de verificar que el contrato estatal no sea utilizado para la satisfacción de intereses particulares, lo que guarda estrecha relación con un concepto implementado hace unos años en distintos ordenamientos jurídicos y entre ellos el colombiano, equivalente al derecho fundamental a una buena administración pública.

La buena administración pública tiene como eje de desarrollo el bienestar de los asociados y su calidad de vida que no es otra cosa que el cumplimiento del interés general de la comunidad, compartiendo la finalidad para la cual fue diseñado el principio de moralidad

administrativa en la Constitución Política de 1991. En ese sentido, de la lectura concienzuda del artículo 209 Constitucional se encuentra que dicho mandato rector de la función administrativa conlleva elementos tales como eficacia, economía, ética, publicidad, celeridad, igualdad entre otros, de la buena administración pública desarrollada por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD expedida en el 2013 y aplicable al sistema jurídico colombiano.

Por tal motivo, la necesidad de incluir cláusulas adicionales que regulen conflictos de intereses al régimen de inhabilidades e incompatibilidades teniendo como base la moralidad administrativa y la buena administración pública se sustenta en la protección de una conducta ética del servidor público a cargo de la elección del contratista y el cumplimiento del interés general por encima del particular, cuya esencia se predica de ambos mandatos aplicables a la actividad contractual del estado social de derecho, tal como se evidencia en la parte propositiva de la presente investigación.

2.2 Principio de transparencia

Inicialmente, con la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el artículo 24 se desarrollaba el principio de transparencia como la regla general, a través del cual todos los procesos de selección del contratista habrían de realizarse por medio de la licitación pública o concursos públicos, salvo en lo correspondiente a la menor cuantía entre otros casos que hoy en día conforman algunas causales de procedencia de contratación directa. En ese orden de ideas, resulta importante señalar que la primera vez donde se menciona de forma concreta la transparencia emana de la Corte Constitucional en la sentencia T-456 de 1994, haciendo referencia a la publicidad de las actuaciones administrativas, donde la verificación por parte de los administrados resulta esencial como mecanismo de control ciudadano de los actos proferidos por la administración.

Posteriormente, con la reforma establecida por la Ley 1150 de 2007, se implementó al principio de transparencia diferentes aspectos como publicidad de las actuaciones

contractuales, selección objetiva del contratista y posibilidad de controvertir informes de evaluación o conceptos de provenientes de la administración entre otros. E igualmente se estableció como garantía de dicho mandato la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP a cargo del Gobierno Nacional con el propósito dar a conocer la documentación expedida con ocasión de la actividad contractual de las entidades estatales como desarrollo del principio de publicidad. Es así, que con la reforma introducida la transparencia pasa a ser vista como la fuente de la cual se desprende otros principios orientadores de la contratación pública, de conformidad con lo señalado por Palacio (2020):

“Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la 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. 70).

Por consiguiente, la imparcialidad que debe guiar el comportamiento de quienes están a cargo de la selección del contratista se traduce en el deber de abstención de crear reglas que favorezcan a ciertos participantes afectando con ello el derecho a la igualdad de oportunidades de los otros oferentes de celebrar el contrato estatal (Matallana, 2012). En adición a lo anterior, a ello se podría concluir que una manifestación de este principio debe verse reflejada igualmente en los informes del comité evaluador del proceso de selección, a través de los cuales la Administración a conocer a los interesados la calificación de las ofertas, por consiguiente al realizar el estudio de las mismas ha de garantizar el máximo grado de imparcialidad y rectitud en dicha labor.

Igualmente, es manifestación del principio de transparencia la inclusión de reglas claras, justas, objetivas y completas en el pliego de condiciones y por consiguiente la Administración debe tener en cuenta la necesidad y proporcionalidad en relación con ellas, garantizando la finalidad que persigue el contrato estatal traducido en el cumplimiento del interés general. Esta es la razón, por la cual es importante que las entidades estatales cuenten con funcionarios y/o contratistas idóneos para la elaboración de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos exigidos en los procesos de selección, evitando la falta de

argumentación o desproporcionalidad en la exigencia de requisitos de participación en el pliego de condiciones.

De lo anterior, se podría concluir que la idoneidad es un elemento que obliga tanto a la entidad estatal como al futuro contratista, por cuanto la estructuración de documentos tales como estudios previos, análisis del sector y pliegos de condiciones entre otros, se convertirá en el camino apropiado para una selección objetiva del contratista que haya postulado la mejor oferta en términos de calidad y precio dependiendo de cada modalidad de selección. Así las cosas, y como resultado de la confección de las reglas del pliego de condiciones (Rosero, 2019) ha manifestado que:

“Se refiere al deber de establecer un término para que los interesados en la contratación puedan realizar observaciones y solicitar aclaraciones a reglas y condiciones contenidas en el proyecto y pliego de condiciones definitivo (...) con el fin de mantener informados a todos los interesados en igualdad de oportunidades.”
(p.97)

Por último, en virtud de la transparencia señalada en el Estatuto General de Contratación de la Administración pública, los actos administrativos en materia contractual salvo los de mero trámite al igual que los informes del comité evaluador se motivarán de manera detallada. Lo que trae como consecuencia la solicitud de nulidad absoluta por violación de este precepto.

2.3 Principio de selección objetiva

Para hablar de la selección objetiva como principio, según Duque y Vanegas (2019) es necesario comprender que el mandato “hace referencia a que la oferta que seleccione la entidad debe ser aquella que represente la mejor relación costo- beneficio y/o calidad y precio” (p. 170), siendo esencial que no estén inmersos aspectos o intereses personales en su selección, en razón a que si las decisiones proferidas por Administración están influidas por motivos distintos al cumplimiento del interés general, se pierde el horizonte de una

escogencia objetiva del contratista, convirtiéndose la misma en subjetiva y por lo tanto en una desviación de poder. En ese orden de ideas, se tiene como violación del principio de selección objetiva sumado al de transparencia, el hecho que la entidad seleccione la propuesta medianamente o menos favorable para los fines que persigue, en virtud de lo señalado por Mantilla (2014), siendo esencial que en desarrollo de la potestad contractual a cargo del estado se garantice igualmente la imparcialidad e idoneidad del comité evaluador de las propuestas. De tal forma que la satisfacción del interés general sea una prioridad entre las partes intervinientes del proceso de selección.

Ahora bien, cabe señalar que la Administración no goza de una amplia discrecionalidad en la escogencia del contratista, toda vez que los procedimientos para tal fin son reglados en el Estatuto General de la Contratación Pública, y asimismo teniendo en cuenta la participación de la ciudadanía en la etapa precontractual de los procesos de selección ocupando el rol de veedora de la correcta inversión y ejecución de los recursos públicos. Sin embargo, Nieves (2017) ha señalado que “la Administración no goza de discrecionalidad per se para contratar, porque dada la naturaleza del interés público que se pretende satisfacer” (p.16). De la anterior idea, la investigación no comparte la postura de tal autor, en razón a que de cierta manera las entidades estatales si poseen la facultad de establecer criterios habilitantes y factores de puntaje dependiendo la modalidad de selección del contratista, lo que se traduce en una discrecionalidad limitada.

En otras palabras, resulta importante contemplar que la reglamentación de los procesos de selección como forma de instalación de una “discrecionalidad limitada” es una manifestación de los principios de transparencia y selección objetiva, ya que obliga a la Administración a utilizar criterios justos y correctos que asignen puntaje para seleccionar la mejor oferta en pro de satisfacer el interés general como finalidad que persigue el contrato estatal. Rodríguez (2016 p.9) en coordinación con lo anterior, explica que dichos requisitos no deberán “estar por fuera del contexto de la función pública ni que las entidades actúen de mala fe apartándose de la normatividad reguladora del proceso contractual y menos aun aprovechando los vacíos jurídicos de la norma para favorecer interés personales”

De ese modo, y teniendo en cuenta las diferentes modalidades de selección de contratistas, ha de señalarse que en cada una de ellas de manera general, el artículo 5° de Ley 1150 de 2007, ha establecido ciertos elementos para la elección de la oferta más favorable, así las cosas para la licitación pública y selección abreviada de menor cuantía corresponderá factores de calidad y precio. Por otro lado, cuando se trate de procesos para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización el criterio especial será el menor precio ofertado; y por último para el concurso de méritos la escogencia corresponderá a únicamente a la valoración de aspectos técnicos.

Si bien es cierto que la Ley 1150 de 2007, estableció los factores de escogencia de los contratistas, se evidencia que la redacción específica y detallada de los requisitos habilitantes y de puntaje dependen de la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, por tanto al momento de establecerlos en los pliegos de condiciones, la Administración no puede perder de vista el propósito de elegir al mejor de los candidatos teniendo en cuenta factores equitativos e imparciales. Así las cosas, por medio de la selección objetiva del contratista se concluye que la actuación de las entidades estatales en términos generales es producto de la buena fe contractual, del mismo modo que la causa para contratar no puede ser otra que perseguir la materialización de los fines del Estado.

Se menciona esto, por lo que teleológica e históricamente, la inserción de este principio tiene como fundamento evitar que el funcionario público elija a un contratista que no cumpla con los requerimientos de idoneidad para ejecutar el contrato estatal, haciendo uso de criterios personales y subjetivos arriesgando los recursos públicos. Lo que trae como consecuencia la violación del derecho de los administrados a la buena administración.

2.4 Concepto de libre competencia y sus justos límites

Haciendo mención al eje temático de la presente investigación, es importante comprender el concepto de la libre competencia y sus justos límites con la finalidad de interponer un vínculo entre la sección descriptiva - objetiva y la parte propositiva, por medio de la cual se materializa la hipótesis referente que a través de los principios que rigen la contratación

pública es posible incluir formas de limitación a la concurrencia, teniendo como base la protección y prevalencia del principio de moralidad administrativa e interés general. En primer lugar, el principio de libre concurrencia en palabras de Castro, García y Martínez (2010) se traduce en que, por medio de dicho mandato las personas gozan de iguales oportunidades para acceder a la contratación pública siempre y cuando cumplan con requisitos de habilitación para tal fin. Por lo que en ese entendido, se ve que es una manifestación del derecho a la igualdad de aquellos que se encuentran en capacidad de ejecutar el contrato estatal, además que su aplicación no procede de manera absoluta.

Lo anterior, en razón a que en el margen de discrecionalidad que goza la Administración Pública, se encuentra facultada para establecer condiciones de participación de los oferentes en consideración a la naturaleza del contrato a suscribir, de conformidad con lo manifestado previamente por la Corte Constitucional en sentencia C - 815 de 2001, traducido en iguales oportunidades para quienes están en real posibilidad de suplir las necesidades de la entidad estatal. Seguidamente, Archila (2012) manifiesta que “en efecto, el “núcleo esencial” del derecho a la libre competencia “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.” De lo cual se puede concluir que es determinante el hecho que la entidad estatal motive objetivamente las reglas de participación y las calidades que debe cumplir el futuro contratista traduciéndose esto, en una limitación justificada de la libre competencia en pro de la satisfacción del interés general, por cuanto el futuro contratista debe acreditar la suficiente idoneidad para desarrollar el objeto contractual.

Igualmente, el Consejo de Estado en providencia del 29 de agosto de 2013 proferida por la sección tercera ha señalado expresamente que el principio de libre concurrencia tiene una aplicación relativa, dado que la entidad estatal tiene el deber de establecer criterios razonables y proporcionales de participación en la selección de contratistas. Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-815 de 2001 ha indicado que aparte de las condiciones técnicas, jurídicas y económicas de los posibles oferentes, ha de tenerse en cuenta la capacidad o idoneidad moral y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como límite que justifique la aplicación de la libre concurrencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, con respecto a la aplicación de este principio surge el interrogante, acerca si las entidades estatales han utilizado límites razonables y objetivos para la participación de los proponentes con la intención del cumplimiento del interés general y los fines que persigue la función administrativa o simplemente señalan requisitos en el pliego de condiciones que cercenan dicha postulación sin una justificación técnica, jurídica económica o moral; situación que la práctica se torna de difícil comprobación por parte de organismos de control de la gestión contractual de la Administración Pública. Así las cosas, se tiene que son dos las excepciones no válidas en relación con la aplicación del principio de libre competencia, una de ellas basada en reglas o criterios de participación no justificados de manera clara y objetiva en el pliego de condiciones y la segunda por situaciones colusorias que se presenten entre los oferentes de conformidad con lo establecido en el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que establece:

“Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo [44](#) del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”

En definitiva y en consideración a lo expuesto, se observa que cada entidad estatal durante la confección de los pliegos de condiciones tiene la responsabilidad de analizar los requisitos habilitantes y de puntaje con los cuales como manifestación del principio de libre competencia, se garantice el cumplimiento de las finalidades señaladas por Pardo y Lledó (2014), esto es, “(i) proteger los intereses económicos de la Administración mediante la promoción de la máxima competencia posible; y (ii) garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración” (p. 2), logrando una eficacia en el ejercicio de la función administrativa. En ese orden de ideas, de las tesis expuestas por la doctrina y jurisprudencia se puede establecer que el único criterio válido que configura la excepción de la aplicación del principio de libre competencia, es el interés general que persigue la Administración Pública en la suscripción del contrato estatal, con un contratista idóneo que garantice las

mejores condiciones para el cumplimiento de los fines del estado señalados en la Constitución y en la Ley, y de conformidad con lo señalado por Solís (2015) haciendo uso del juicio de proporcionalidad para su delimitación.

Finalmente, y adentrándonos en la parte propositiva de la presente investigación, ha de señalarse que las inhabilidades e incompatibilidades son manifestaciones de conflictos de intereses señaladas de manera taxativa en la Ley que interfieren con la capacidad moral que se le exige al contratista, por lo que surge la inquietud de analizar la posibilidad que tiene la Administración para incluir cláusulas que limiten la libre competencia aparte de las señaladas en el Estatuto General de Contratación Pública. Lo anterior, siempre y cuando identifique la presencia de conflictos de intereses al momento de estructurar el pliego de condiciones que no se encuentren regulados por el legislador, generando un choque entre el derecho a la igualdad (de los proponentes) y el derecho fundamental a la buena administración pública de los administrados; dicotomía y tensión que será resuelta en apartados posteriores.

3. REFERENTES CONTEXTUALES, LEGISLATIVOS Y JURÍDICOS DEL RÉGIMEN DE INHABILITACIONES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN EN COLOMBIA

La capacidad como elemento de validez para que una persona pueda obligarse mediante un acuerdo de voluntades con otra, se encuentra señalada en el artículo 1504 del Código Civil Colombiano. En ese sentido, Expósito (2013) parte de la presunción de la capacidad contractual que gozan los intervinientes del proceso selección de un contratista para suscribir el contrato estatal, salvo excepciones consagradas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Precisado esto, se observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no es ajeno a la normatividad arriba señalada, por cuanto en su artículo 40 ha señalado que el alcance de las disposiciones del contrato estatal, serán de conformidad con la normatividad civil y comercial así como las previstas en dicha ley, por lo que en virtud de ello, se ha creado una figura complementaria que incide en la capacidad

del futuro contratista correspondiente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

En ese orden de ideas, las inhabilidades e incompatibilidades para participar en procesos de selección y contratar con el estado han sido definidas por el legislador en la Ley 80 de 1993, como causales taxativas en virtud de las cuales determinadas personas no pueden celebrar contratos con entidades públicas lo que trae como consecuencia la afectación de un presupuesto de validez del negocio jurídico como lo es la “*capacidad*” del futuro contratista. Dicho régimen de prohibición se estableció en aras de salvaguardar y proteger el interés general y la moralidad administrativa como deber de la función pública, según ha precisado la Corte Constitucional en providencia C-1016 de 2012, traducido en la carencia de una cualidad de orden moral que afecta los principios de imparcialidad, moralidad transparencia entre otros.

En relación con las incompatibilidades Atehortúa (1995, p. 34)¹ las ha explicado cómo:

“(…) prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público (...) las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurso en ella y la realización de determinada función o contratación” (p. 34).

Seguidamente, y respecto a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, pese a los esfuerzos en su distinción, se analiza qué de la lectura de tales preceptos legales, de fondo se desprende la idea de que ambas son prohibiciones para la celebración del contrato estatal por parte del futuro contratista. Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia proferida por la sección tercera del 10 de febrero de 2011, ha señalado que:

1

“Por Inhabilidad se entiende la imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica [...]. La incompatibilidad, en cambio, se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga algunas de las condiciones.”

Así pues, partiendo de las bases teóricas expuestas, se observa que la capacidad jurídica en la contratación pública está conformada por dos elementos a saber, i) goce y ejercicio y ii) ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, lo que trae como consecuencia la facultad de la Administración para rechazar las ofertas que se encuentren incursas en las situaciones de prohibición descritas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y normas complementarias que regulen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por cuanto el elemento capacidad que integra la formación del contrato estatal se encuentra viciado. Por último, tal como lo explica (Matallana, 2015) la finalidad de dicha institución es la protección a los principios de transparencia e imparcialidad de la función administrativa, de lo cual ha de tenerse en cuenta que la actividad contractual a cargo del estado es una forma de manifestación de la misma, y en adición a lo señalado por el autor se puede afirmar que su fin único y esencial es el cumplimiento del interés general.

Ahora bien, en relación con otros conflictos de intereses aparte de las situaciones taxativas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que puedan presentarse con ocasión y ejercicio de la actividad contractual calificados como un impedimento para la suscripción de un contrato estatal por parte del contratista poco se ha escrito sobre el tema, dado que no son regulados en el Estatuto General de Contratación Pública. Dicha figura en general, ha sido desarrollada por instituciones reglamentarias de la función pública haciendo referencia únicamente a servidores públicos. Así entonces, según Función Pública de Colombia (2018) “Un conflicto de interés surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales” (p. 9) esto puede darse por varios motivos, dentro de los cuales están el parentesco, o relaciones de amistad, específicamente podría decirse que se da un conflicto de intereses cuando quien ejerce funciones públicas, por su interés particular o personal hace

colisionar esto con sus deberes como servidor, así según la institución, los elementos concretos de la figura son:

“Tener un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto. 2) Que dicho interés lo tenga alguna de las personas que interviene o actúa en su condición de empleado público conforme a lo regulado en la normativa vigente. 3) Que no se presente declaración de impedimento para actuar en el mismo, por parte del empleado público (Función Pública, 2018, p. 11).

Derivada de esa definición legal, la institución explica que pueden darse tres formas de conflictos de intereses, primero la forma “real” donde el servidor ya se encuentra en la situación, la “potencial” donde aún no ha ocurrido la situación, y cuando es aparente esta se da cuando “cuando el servidor público no tiene un interés privado, pero alguien podría llegar a concluir, aunque sea de manera tentativa, que sí lo tiene” (Función Pública, 2018, p. 10). Como conclusión de lo anterior, se tiene que el legislador ha desarrollado la figura de conflictos de intereses con el propósito de que si en ejercicio de la función administrativa el funcionario público acredita el cumplimiento de los elementos que la configuran, se declare impedido apartándose de la decisión que debe asumir y así proteger la moralidad administrativa.

En este sentido, cabe preguntar: ¿qué pasaría si esta situación se presenta en la selección del contratista y durante la etapa precontractual se detecta que determinados proponentes están o pueden estar en “conflictos de intereses” por fuera de los ya señalados en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación Pública? En ese orden de ideas, Dávila (2016) sostiene que la regulación de los conflictos de intereses para contratistas se ha instaurado en los pliegos de condiciones por vía del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, dado que establece los elementos para ello, de lo cual se puede observar que desde el punto de vista del proponente se refiere a que en circunstancias donde se presente una contradicción entre su interés particular y el general propio de la función pública con ocasión de la ejecución un contrato estatal, esté deberá abstenerse de participar en el proceso de selección.

Por ende, se abre la posibilidad para las entidades estatales de establecer cláusulas que regulen conflictos de intereses en sus pliegos de condiciones, entendidas como un límite a la capacidad para contratar en determinadas personas. Con esto claro, en el siguiente apartado del texto se expondrán las tesis de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente respecto de la posibilidad para la Administración de incluir en los pliegos de condiciones, cláusulas que regulen conflictos de intereses como formas de limitar la libre concurrencia con motivo de preservar la moralidad administrativa, en adición al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, advirtiéndose que en dichos pronunciamientos se han encontrado vacíos y contradicciones.

3.1 Tendencia de la Corte Constitucional

La alta corporación constitucional, de forma expresa no tiene una tesis respecto de los conflictos de intereses en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin embargo en sentencia C- 415 de 1994, ha hecho referencia a que las inhabilidades e incompatibilidades son limitaciones a derechos fundamentales como la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica, motivo por el cual su creación debe ser de orden legal. De lo anterior, entonces se reconoce el carácter taxativo y restrictivo de las mismas en aras de salvaguardar el interés general, por consiguiente el legislador se encuentra facultado para identificar y prohibir las conductas que gravemente puedan afectarlo atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, calificando dichas prohibiciones bajo la denominación de inhabilidades e incompatibilidades.

Dos años después, la misma corporación en providencia C-221 de 1996, señaló que el propósito de dicha institución no es de carácter sancionatorio por cuanto no es necesario comprobar la culpabilidad sobre quien recaen las situaciones de inhabilidad o incompatibilidad. Describiéndolas entonces, como un conjunto de reglas objetivas con el propósito de salvaguardar la pureza y transparencia de la actividad contractual del estado, a fin de evitar ciertas ventajas individuales que trascienden el equilibrio de la participación de los licitantes en un proceso de selección.

Posteriormente, en sentencia C-353 de 2009 la Corte Constitucional reconoció que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades igualmente si ostenta un carácter sancionatorio, manifestando que se dividen en dos tipos: i) inhabilidades como consecuencia de una condena o sanción disciplinaria e ii) inhabilidades con ocasión de una determinada posición funcional. Respecto del tipo de inhabilidades e incompatibilidades, se tiene que las del primer grupo, aplican de manera general respecto de ejercer funciones administrativas o celebrar contratos con el estado y en relación con las segundas, se señala que su procedencia es de carácter restrictivo por cuanto únicamente opera frente a cargos o actuaciones señalados por la autoridad competente, concluyendo que en ambos sentidos su finalidad es la protección del interés general.

En ese orden de ideas, y como crítica al carácter sancionatorio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades Barreto (2016) concluyó que las inhabilidades allí plasmadas ostentan elementos característicos del derecho penal como respuesta a ideas populistas, cuya efectividad se cuestiona en el ámbito del derecho administrativo por cuanto describe y señala hipótesis de prohibición que en la práctica se tornan confusas en la aplicación por parte de los operadores jurídicos. Finalmente, dicha Corporación en sentencia C- 618 de 2012, estableció que las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el estado se circunscriben en materia de restricción de libertades económicas y para ello deben cumplir con las siguientes características:

“(i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato”

Por consiguiente, y en virtud de lo manifestado por la Corte Constitucional resulta de gran importancia cuestionar qué pasaría si dicha situación con alta probabilidad de afectación al interés general no se encuentra regulada como prohibición en la ley. En ese sentido, se observa que la Administración Pública no tendría otro camino que permitir la ocurrencia de

dicha conducta por cuanto no está consagrada legalmente de conformidad con la tesis restrictiva del alto tribunal, o por el contrario podría acogerse a los principios de moralidad administrativa, transparencia y selección objetiva con el propósito de evitar la transgresión del interés público y con ello impedir la materialización de las mismas. Lo anterior teniendo en cuenta el fin que persigue el contrato estatal en un estado social de derecho, postura que comparte esta investigación por las razones que se explicará en los apartados posteriores.

3.2 Tendencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado por medio de conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil ha hecho referencia expresa de la regulación por parte de la Administración pública de conflictos de intereses en sus pliegos de condiciones para limitar la participación de contratistas. Así las cosas, inicialmente en providencia del 10 de agosto de 2006, se pronunció acerca de la existencia de un conflicto de intereses dentro del comité evaluador de las ofertas en un proceso licitatorio, con la finalidad de suscribir un contrato de concesión que tiene por objeto el esquema de vinculación de capital privado para el mejoramiento, mantenimiento y operación del Aeropuerto Internacional El Dorado.

De conformidad con lo anterior, y para la celebración del contrato de concesión, inicialmente el Departamento Nacional de Planeación y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo contrataron a la Unión Temporal conformada por KPMG LLP – ADVISORY SERVICE –MMM – DURAN & OSORIO – IMPUESTOS Y SERVICIOS, denominada el “Consultor” con el propósito de estructurar el proyecto de concesión y posteriormente elaborar los pliegos de condiciones, así como participar en el equipo evaluador del proceso licitatorio en la selección del concesionario para el aeropuerto Internacional El Dorado. Seguidamente, y en desarrollo de la licitación pública se cuestionó sobre el conflicto de intereses que pudiera presentarse con ocasión de la participación de un oferente, cuyo asesor jurídico tiene negocios comerciales vigentes con el consultor contratado para la evaluación de las propuestas en la selección del concesionario, de lo cual dicha situación fue regulada expresamente en el contrato de consultoría, ocasionando que el consultor debía declararse impedido para conocer de la valoración respecto de dicha oferta.

Lo novedoso de esta situación, es que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado hace referencia a la inclusión de cláusulas contractuales que regulen conflictos de intereses con el propósito de salvaguardar la moralidad administrativa, transparencia e igualdad, prohibiendo la materialización de determinadas conductas en desarrollo de la actividad contractual, afirmando que las limitaciones descritas en los artículo 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 del régimen de inhabilidades e incompatibilidades “no agotan el universo legislativo, ni excluyen la aplicación de otras normas legales que regulen la materia o asuntos semejantes”. Posteriormente, la misma Corporación en concepto de marzo de 2011 señaló que las situaciones de conflictos de intereses suelen manifestarse a través de prohibiciones similares a las inhabilidades e incompatibilidades, razón por la cual asimila su interpretación y aplicación de manera restrictiva al igual que dicho régimen, por consiguiente su consagración debe ser expresa y las consecuencias jurídicas ajustadas a los presupuestos de cada causal, sin que sea posible una definición extensiva o axiológica.

En cuanto a las características que deben reunir las cláusulas que regulen conflictos de intereses en los pliegos de condiciones y que traen como consecuencia la exclusión del participante, afirma que las mismas deben ser analizadas de conformidad con los principios orientadores de la contratación estatal con la finalidad de garantizar una selección objetiva del contratista. Justamente, los elementos que conforman las cláusulas de conflictos de intereses en el pliego de condiciones para limitar la participación de proponentes en un proceso de selección corresponden a la “tipicidad” y la "objetividad", que deben predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, para preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista, como se explica a continuación”

Así las cosas, la Sala entiende por tipicidad que las reglas incorporadas en los pliegos de condiciones deben tipificar las acciones u omisiones que generen el conflicto de intereses y en relación con el término “objetividad” a que las mismas no den lugar a interpretaciones ambiguas o subjetivas con la finalidad que puedan ser evaluadas sin sujeción a criterios subjetivos u opiniones de los intervinientes del proceso contractual, por consiguiente los interesados decidirán si participan o no de la selección. De lo anterior, resulta interesante ver

como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado equipara la figura de conflictos de intereses al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como prohibiciones de realizar determinadas conductas que afecten el interés general sobreponiendo el interés particular inmerso en cada causal.

De conformidad con lo expuesto por el alto tribunal, se considera que dichas cláusulas que regulen la materia deben ir acompañadas de juicios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto es una figura destinada a limitar la libre concurrencia en un proceso contractual. Por otra parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de abril de 2016, señala que por violación de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía e imparcialidad que inspiran la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la entidad estatal puede abstenerse de adjudicar el contrato a pesar de que los oferentes acrediten el cumplimiento de los requisitos técnicos, jurídicos y financieros exigidos en el pliego de condiciones y de no existir una causal expresa de inhabilidad e incompatibilidad, que impida la participación y elección del futuro contratista.

En virtud de la tesis del Consejo de Estado, se ve que la actividad contractual de la Administración Pública se rige por principios, razón por la cual cabe la posibilidad de limitar la realización de conductas por vía del pliego de condiciones que afecten el cumplimiento de dichos mandatos, incluido el interés general que persigue la contratación estatal y que obliga tanto al funcionario público como al proponente interesado en participar del proceso de selección.

3.3 Tendencia de Colombia Compra Eficiente

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente sostiene una postura mixta, respecto de la inclusión de cláusulas en el pliego de condiciones que regulen conflictos de intereses con la finalidad de limitar la participación de proponentes, afirmando que es posible y no, con el devenir el tiempo en emisiones de conceptos que opinan al respecto. En desarrollo de esta investigación, se hizo el análisis a través de los pliegos tipo introducidos por el artículo 4° de la Ley 1882 de 2018 para los procesos de selección de obras

públicas, de lo cual según Díaz (2020), se definen como “un documento mediante el cual se estandariza el contenido mínimo de los pliegos de condiciones que confeccionarán en el futuro las entidades estatales con fundamento en aquel” (p. 137 y 138).

Conforme a la normatividad aplicable, entonces es de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública cuyo responsable de su diseño e implementación es el Gobierno Nacional a través de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Ahora bien, en relación con las posturas de Colombia Compra Eficiente, es importante mencionar que a través del Decreto 342 de 2019 y la Resolución 1798 del 01 de abril de 2019, dicha entidad adoptó la primera versión de pliegos tipo para los procesos de licitación pública de infraestructura de transporte y por medio del cual estableció prohibiciones adicionales al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para participar en el proceso bajo la denominación de conflictos de intereses que afecten los principios que rigen la contratación pública.

Adicionalmente, señala como opera contractualmente la figura de conflictos de intereses describiéndola en su documento base como “toda situación que impida a la Entidad y al proponente tomar una decisión imparcial en relación con las etapas del proceso de selección y el Contrato.” haciendo extensiva dicha prohibición de participar a los integrantes o socios de sociedades con excepción de las anónimas abiertas quienes se encuentren en conflictos de intereses. Finalmente, en la primera tesis adoptada por Colombia Compra Eficiente se estableció una presunción de quienes hubieren sido consultores o asesores de los estudios y diseño de las obras a contratar en la versión 01 de pliegos tipo relacionados anteriormente, señalando que estos se encuentran en situación de conflictos de interés y por consiguiente deberán abstenerse de participar del proceso de selección y en adición a ello, facultó a las entidades estatales para establecer cláusulas adicionales que regulen situaciones de conflictos de intereses de conformidad con las características de tipicidad y objetividad señaladas por el Consejo de Estado.

Por otra parte, pasando a la segunda postura adoptada por Colombia Compra Eficiente resulta interesante observar el cambio radical respecto de la primera tesis, adoptando a través de la Resolución 0045 del 14 de febrero de 2020, la teoría restrictiva planteada por la Corte Constitucional en materia de limitaciones a la participación de los proponentes en procesos de selección. Por consiguiente en la segunda versión de pliegos tipo de licitación pública de infraestructura de transporte señaló lo siguiente:

“No podrán participar en el presente proceso de contratación y, por tanto, no serán objeto de evaluación, ni podrán ser adjudicatarios quienes bajo cualquier circunstancia se encuentren en situaciones de conflicto de interés con la entidad, que afecten o pongan en riesgo los principios de la contratación pública, de acuerdo con las causales previstas en la ley.”

En ese orden de ideas, y como crítica a la segunda tesis de Colombia Compra Eficiente se observa que las entidades estatales para limitar la participación de los proponentes únicamente han de observar las causales de prohibición establecidas en la ley conformada por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. No obstante y en lo que respecta a la figura de conflictos de intereses se encuentra que regula de manera exclusiva a servidores públicos. Como consecuencia de esto, se genera un impedimento para tomar una decisión en relación con el trámite a su cargo, por lo que resulta problemático para la Administración pronunciarse sobre su aplicación a contratistas o particulares toda vez que lo manifestado por dicha entidad no vuelve concreto nada en realidad.

Por último, pasando a la tercera hipótesis de dicha entidad y como consecuencia de la expedición de la Ley 2022 del 22 de julio de 2020, se encuentra que el legislador otorgó amplias facultades a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijando la competencia de asignar criterios de puntaje en la evaluación de ofertas en los pliegos o documentos tipo. Así como todos aquellos requisitos justificados que procuren el desarrollo de los principios orientadores de la actividad contractual pública, teniendo en cuenta las características de las regiones, su economía y naturaleza de especificidad en la contratación requerida, convirtiéndose en un gran reto para el Gobierno

Nacional llegar a los lugares más apartados del país, toda vez que es una responsabilidad caótica para una entidad estatal del nivel central de dirigir y regular ciertas relaciones contractuales de las entidades territoriales con ocasión de su diversidad cultural, social y económica y donde ni siquiera en muchos de ellos se ha implementado la plataforma SECOP II.

En este sentido, Colombia Compra Eficiente por medio de la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, publicó la tercera versión de pliegos tipo de licitación pública de infraestructura de transporte y que actualmente se encuentra vigente, donde en materia de prohibiciones para la participación de proponentes plasmó una adicional a las establecidas en el ordenamiento jurídico, tal y como se verá a continuación:

“No podrán participar en el procedimiento de selección y, por tanto, no serán objeto de evaluación, ni podrán ser adjudicatarios, quienes bajo cualquier circunstancia se encuentren en situaciones de conflicto de interés, que afecten o pongan en riesgo los principios de la contratación pública, de acuerdo con las causales o circunstancias previstas en la constitución o la ley, tampoco podrán participar quienes hayan realizados los estudios y diseños de la obra cuyo proceso de contratación se va a contratar”

Precisado lo anterior, y sin analizar otras formas de pliegos tipo en diferentes procesos de selección, se observa cómo dicha institución dio un vuelco a su postura en relación con la inclusión de cláusulas que regulen conflictos de intereses para limitar la participación de proponentes pasando en tres ocasiones por las tendencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional. Razón por la cual resulta interesante analizar lo que indica la doctrina al respecto para resolver la pregunta problema en cuestión.

3.4 Tendencias doctrinales respecto de los conflictos de intereses / limitación de la libre concurrencia para evitar los conflictos de intereses

Teniendo en cuenta el eje central que ocupa la presente investigación, resulta importante analizar aquellas posturas doctrinales respecto de la viabilidad jurídica de la inclusión de cláusulas de prohibición que regulen conflictos de intereses para limitar la participación de los proponentes en un proceso de selección y que no se encuentren señaladas de forma expresa en la ley pero que, por la naturaleza de la situación puede afectar los principios de moralidad administrativa, transparencia o selección objetiva. Respecto las posturas doctrinales en tensión, Molano (2010) indica que la ley ha establecido otras prohibiciones cuyas consecuencias jurídicas equivalen a una restricción de la capacidad para actuar del mismo modo que opera el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, señalando que el conflicto de intereses del derogado artículo 40 de la Ley 734 de 2002, es una causal genérica de prohibición que impide la realización de una determinada conducta al servidor público que para este caso se traslada en el ámbito contractual. Lo que trae como consecuencia que dicho mandato no sea extensivo a particulares contratistas.

Seguidamente, manifiesta que en desarrollo de la Ley 1150 de 2007, el legislador incorporó nuevas prohibiciones adicionales para los particulares interesados en participar en procesos de contratación no determinadas como causal de inhabilidad o incompatibilidad, clasificándolas en situaciones de conflictos de intereses como lo es el caso de los contratos interadministrativos en el inciso 3°, del literal c), numeral 4 del artículo 2° de Ley 1150 de 2007 esta manera:

“En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”

Por consiguiente, concluye el autor que las restricciones a la capacidad para participar en un proceso de selección traducidas en prohibiciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la figura de conflictos de intereses sólo pueden estar señaladas de forma concreta y taxativa en la Constitución o la ley. En concordancia con lo anterior, González (2010) indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales no pueden pactar cláusulas que regulen inhabilidades o incompatibilidades adicionales a la ley, sin embargo reconoce que existen situaciones no contempladas en el ordenamiento jurídico que se configuran como prohibiciones a causa de la violación de principios de transparencia y moralidad.

En ese sentido, indica el autor que dichas situaciones de prohibición no contempladas en la ley han de señalarse en el pliego por vía de interpretación. Así las cosas, se puede concluir que esta tesis en la práctica se torna de difícil aplicación, por cuanto la Administración está obligada a incorporar reglas claras y expresas, máxime teniendo en cuenta que es una materia que rige la limitación a la libre competencia caracterizada por la taxatividad, tipicidad, objetividad y proporcionalidad de las causales teniendo como fin único la satisfacción del interés general inmerso en la contratación pública. Por otra parte, (Rico, 2012) señala que “las causales de incompatibilidad e inhabilidad no pueden tener otro origen que la Ley” (p. 189), haciendo referencia a que la aplicación de la figura de conflictos de intereses se da en relación únicamente con las decisiones a adoptar por parte de los servidores públicos.

Seguidamente, Dávila (2016) no comparte la posibilidad de inclusión de cláusulas que regulen conflictos de intereses a los proponentes como limitación de la libre competencia, debido a la interpretación restrictiva y taxativa de las inhabilidades e incompatibilidades. No obstante, expone que en la práctica diferentes entidades estatales hacen mención a situaciones de conflictos de intereses en los pliegos de condiciones, por virtud del artículo 40 de la Ley 734 de 2002 y de los elementos señalados por el Consejo de Estado en apartes anteriores a saber: “objetividad” y “tipicidad” de dichas causales.

A su vez, Barreto (2017) establece que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades son casos de conflictos de intereses consagrados expresamente en el ordenamiento jurídico

cumpliendo con la taxatividad y preexistencia de la causal, haciendo un análisis de la injerencia de organismos internacionales como la OCDE en las modificaciones al sistema de compra pública a nivel nacional continuando con el carácter sancionatorio de las mismas. En ese entendido, y teniendo en cuenta la injerencia de la OCDE en las decisiones gubernamentales, el autor concluyó que fue esa la razón para que la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, en vigencia de 2016 estructurará un proyecto de reforma al Estatuto General de Contratación, donde particularmente para el caso del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se hace referencia a prohibiciones y conflictos de interés.

Así las cosas, dicha reforma pretendía agrupar en seis categorías el régimen de inhabilidades e incompatibilidades denominándose “prohibiciones” para los particulares dependiendo de la etapa contractual en que se encuentren e implementando la figura de conflictos de intereses exclusivamente a los servidores públicos intervinientes en el proceso de compra pública, de lo cual cabe resaltar que dicho proyecto aún no ha sido tramitado ante el Congreso de la República.

Por otro lado, Duque y Vanegas (2019) señalan que existen situaciones de conflictos de intereses no reguladas de manera detallada en el ordenamiento jurídico tal como lo hace el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Razón por la cual ha de restringirse la participación de ciertos interesados en un proceso de selección por medio de la figura de conflictos de intereses, señalando las acciones y omisiones de forma clara y expresa en el pliego de condiciones que configuren cada causal de prohibición para los proponentes, lo que trae como consecuencia el rechazo de la oferta para aquellos que se encuentren incurso en alguna de ellas.

Finalmente, Cerrillo (2021) explica sobre la inclusión de cláusulas éticas en los pliegos de condiciones con el propósito “de promover conductas íntegras entre los licitadores y los contratistas, y evitar la existencia de conflictos de intereses” (p. 384), limitando la participación a quienes se encuentren en situaciones de conflictos de intereses que pueda afectar el correcto ejercicio de la función pública, con lo cual implica ir un poco más lejos de la estricta legalidad y taxatividad que rodea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades,

prevaleciendo en todo momento la integridad en la contratación pública. Concluye el autor, que la prohibición para contratar es uno de los mecanismos para prevenir situaciones de conflictos de intereses por lo que resulta de gran importancia observar el principio de proporcionalidad en cada causal que las regule frente a los principios de igualdad y libre concurrencia y en relación con las medidas que tiene la Administración para preservar conductas de integridad de los partícipes en la contratación pública.

Precisado lo anterior, y como resumen de lo expuesto por la doctrina puede comprenderse que la línea predominante en cuanto a la inclusión de cláusulas que regulen conflictos de intereses en el pliego de condiciones fuera del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para limitar la participación de posibles proponentes, está marcada por el principio de legalidad al igual que una interpretación taxativa, por cuanto es una materia limitante de derechos. Sin embargo, apoyándonos en el historicismo jurídico es viable comprobar que existe inseguridad en relación con la forma que se comprende la figura en la práctica, generando un vacío en el conocimiento toda vez que en ocasiones se presentan eventos en los cuales surgen casuísticas de conflictos de intereses no reguladas en la ley, razón por la cual en el siguiente apartado se identificarán algunos casos que permiten demostrar dicha problemática en adición al choque de opiniones entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente.

4. CASOS PRÁCTICOS QUE DEMUESTRAN LA PROBLEMÁTICA

4.1 Sentencia del 13 de abril de 2016 proferida por la sección tercera del Consejo de Estado

El primero de los casos, corresponde a la sentencia del 13 de abril de 2016 proferida por la sección tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se aborda la no adjudicación a un proponente, por cuanto parte de su equipo de trabajo postulado había prestado sus servicios participando en la elaboración de los estudios de referencia del concurso de méritos que adelantó la empresa de servicios públicos ECOGAS para la selección del contratista. En esta ocasión, el demandante afirmó que las entidades estatales no pueden inventar nuevas causales de inhabilidad para participar en procesos contractuales. Sin embargo, la alta corporación le

otorgó la razón a la entidad demandada al declarar desierto el proceso de contratación, argumentando que dicha situación podría violar los principios de la función pública aplicables a la actividad contractual del estado, señalando que:

“En relación con lo anterior, si bien en principio no existe ninguna inhabilidad que pueda afectar la calificación de la propuesta, ni mucho menos es óbice para adjudicar un contrato el hecho de que coincidan nombres de personas en dos propuestas y que la mayoría del personal haya trabajado en la entidad contratante, eventualmente, pueden producirse otros hechos que sumados o ligados a la circunstancia descrita (haber estado vinculado a la empresa), atenten contra los principios de la contratación estatal y de la función pública, en general.”

Así pues, se encuentra que el Consejo de Estado en la providencia en comento no se limitó a realizar una lectura tácita al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en razón a que no es el único camino que conduce a la no adjudicación del contrato estatal, toda vez que ha de tenerse en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se basa en la orientación de unos principios rectores de la actividad. De conformidad con lo anterior, en ese escenario es viable jurídicamente afirmar que por violación a los principios orientadores de la contratación pública, una entidad estatal se abstenga de adjudicar el proceso contractual a un proponente que si bien ocupa el primer orden de elegibilidad, se quebrante la moralidad, transparencia y selección objetiva.

4.2 Resoluciones 2294 del 2019 y la 2998 del 2019 del Ministerio del Trabajo

Como segunda casuística, se analizaron las Resoluciones 2294 del 2019 y la 2998 del 2019, por medio de las cuales el Ministerio del Trabajo declaró desierto un concurso de méritos en razón al no cumplimiento de una regla establecida en el pliego de condiciones, que contenía una causal de inhabilitación señalando que cuando se “evidencie que el personal presentado del cual se requiere que sea de dedicación total, se encuentra vinculado a otro proyecto o negocio, será causal de inhabilitación”. Se afirma respecto de esto, que la estructuración de dicho requerimiento obedeció a las necesidades de la entidad y en atención

a que la libre competencia no es absoluta con respecto de la aplicación de otros principios que rigen la actividad contractual.

4.3 Versión 01 de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura - Colombia Compra Eficiente

En tercer lugar, se tiene la versión 01 de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura de transporte elaborados por Colombia Compra Eficiente, cuyo impacto es de nivel nacional ya que por medio de la Ley 1882 de 2018, Decreto 342 de 2019 y Resolución 1798 de 2019, se implementó este formato con el propósito de ser utilizado por las diferentes entidades estatales donde específicamente se pactaron prohibiciones por fuera del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los contratistas bajo la denominación de “conflictos de intereses”. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente le confirió la potestad a las administraciones públicas de incluir nuevas cláusulas que regulen otras situaciones de conflicto de interés, en atención a la necesidad con criterios de tipicidad y objetividad dispuestos por el Consejo de Estado, relacionados en aparte anterior.

4.4 Pliego de condiciones del concurso de méritos para la interventoría vigente aún del segundo tramo de la ruta del sol

Como cuarto caso en desarrollo de la presente investigación, se identifica el pliego de condiciones del concurso de méritos para la interventoría vigente aún del segundo tramo de la ruta del sol, donde el antiguo Instituto Nacional de Concesiones –INCO pactó prohibiciones adicionales en el pliego de condiciones bajo la denominación conflictos de intereses y para ello vale la pena determinar la misma objetivamente:

“(…) Sin limitar la generalidad de lo anterior, se presumirá que hay conflicto de interés respecto de las personas que:

- (1) hayan participado en la estructuración del Proyecto.
- (2) actualmente adelanten la ejecución de cualquier contrato de manera conjunta bajo una Estructura Plural con el Concesionario o cualquiera de sus miembros.

(3) sean empresas controladas en los términos del Código de Comercio colombiano por el Concesionario o por cualquiera de sus miembros.

(4) hayan sido contratados por el Concesionario o por cualquiera de sus miembros para la ejecución de un contrato y dicho contrato y dicho contrato se encuentre vigente o haya terminado dentro del último año contado a partir de la publicación del Documento de Convocatoria.

(5) tengan como Interventor al Concesionario o a cualquiera de sus miembros en algún contrato que se encuentre vigente o que haya terminado dentro del último año contado a partir de la publicación del Documento de Convocatoria. (Colombia, 2010, Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Concesiones – Inco- Pliego de Condiciones Definitivo concurso de méritos No. SEA-CM-002)”

4.5 Versión 03 de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura - Colombia Compra Eficiente

Por último, en relación con el quinto ejemplo casuístico se tiene la tercera versión de pliegos tipo de licitación pública de infraestructura de transporte implementada por Colombia Compra Eficiente a través de la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020 señalando causales *sui generis* a las establecidas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En esta ocasión, se puede observar que ocurrió en vigencia de la Ley 2022 de 2020, donde el legislador indicó que previa justificación y de acuerdo con los principios que rigen la contratación estatal, dicha entidad o quien haga sus veces establecerá aquellos requisitos que representen buenas prácticas contractuales, en adición a lo exigido como criterios habilitantes en los pliegos de condiciones en la selección del contratista.

A manera de conclusión de este capítulo, se observa claramente en la práctica el alejamiento a la estricta legalidad en ciertas ocasiones, donde las entidades públicas han configurado reglas de participación en los pliegos de condiciones de acuerdo con sus requerimientos y con el propósito de proteger la moralidad administrativa, transparencia y selección objetiva del contratista, previniendo la ocurrencia de situaciones de conflictos de intereses que puedan interferir en el cumplimiento satisfactorio de los fines estatales.

5. TEORÍA DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL, ANÁLISIS ANTI-FORMALISTA Y DE CONTRASTE DEL NÚCLEO DURO DE PRINCIPIOS COMO SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Teniendo en cuenta lo anterior, y dejando claras las posturas doctrinales y de las tres instituciones conformadas por la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente deductivamente se llega a la parte propositiva de la presente investigación. Por consiguiente, se expondrán las razones por las cuales es viable jurídicamente la inclusión de cláusulas adicionales al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que regulen conflictos de intereses para los interesados en participar en procesos de contratación pública. En primer lugar, se debe comprender el rol que ocupa el principio de legalidad en el estado social de derecho para lo cual resulta conveniente citar a (Santofimio, 2003) quien explica que la sujeción a dicho mandato no debe acogerse bajo la óptica del positivismo formal sino en el entendido material, por consiguiente la ley ha de interpretarse de acuerdo con lo sustancial del derecho, que reúne la totalidad de principios y normas que conforman todo el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se puede observar que es razonable la forma como el autor manifiesta la vinculación de la Administración a la legalidad, por cuanto existen situaciones no reguladas donde se deben tomar decisiones con el propósito de mantener el interés general pero no por falta de regulación, los organismos estatales deben quedarse cruzados de brazos en razón a que la legalidad estricta no permite hacer nada al respecto. Es así como, el constituyente expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que en palabras de (Ibáñez, 2004) por la expresión “general” corresponde a un cuerpo normativo conformado por principios, reglas generales, hipótesis entre otros, que deben orientar la actuación contractual del estado, lo que trae como consecuencia que la autoridad administrativa entre a regular determinados temas por medio de actos administrativos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la inclusión de cláusulas adicionales que regulan conflictos de intereses al margen del régimen de inhabilidades e incompatibilidades busca preservar la moralidad administrativa y el interés general inmerso en la finalidad del contrato

estatal se observa que tal mecanismo entra en choque con el principio de legalidad estricta. Por consiguiente, resulta pertinente identificar qué mandato ya sea el de la buena administración o la estricta legalidad, debe tener prelación a la hora de confeccionar los pliegos de condiciones, donde se han identificado situaciones de conflictos de intereses no regulados en el ordenamiento legal pero que pueden llegar a interferir con los principios que orientan la contratación pública.

Para iniciar esta explicación, se trae a colación el concepto de legalidad en la sentencia C - 710 de 2001, proferida por la Corte Constitucional donde señala que:

“El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.”

En ese orden de ideas, resulta pertinente observar cual es el núcleo esencial del principio de legalidad para lo cual Cea (2004) explica que dicha figura es “lo que caracteriza, objetivamente, a un derecho y lo distingue de otros. Trátase de su reconocibilidad como tal, rasgo que no puede ser desfigurado ni suprimido por la ley u otra disposición jurídica” (p. 57). Es decir, es aquel elemento del derecho fundamental que es inamovible y que no puede ser removido, por tal motivo la Corte Constitucional en sentencia C-756 de 2008 explica que:

“Tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de esta Corporación coinciden en señalar que la teoría del núcleo esencial se aplica como una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador. En efecto, frente a la indiscutible facultad del legislador de regular e,

incluso, de restringir los derechos fundamentales de las personas, el deber de respetar su núcleo esencial aparece como una barrera insuperable que es exigible para evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o para impedir que se despoje de su necesaria protección.”

Para el caso en concreto, según la sentencia T-115 del 2018, de la Corte Constitucional “el principio de legalidad hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso”. Esto quiere decir que toda la periferia de la legalidad en contraste con otro derecho es el debido proceso, el cual no puede anularse. Ahora, llega la pregunta clave ¿con que choca el principio de legalidad en el caso en concreto? El argumento respecto de la utilización de cláusulas adicionales que regulen el conflicto de interés en adición a lo que está en la Ley, en términos de Cerrillo (2021) es el principio de moralidad administrativa y transparencia que se derivan de la función pública, de conformidad con el sentido teleológico de las normas jurídicas que regulan la contratación pública.

Bajo ese entendido, citando a menciones de Bejarano (2009), es viable comprender que el legislador buscó limitar la potestad y libertad del servidor público en desarrollo de un proceso de selección con el propósito de evitar una mala administración de los recursos del estado, motivo por el cual a través de los principios que rigen la actividad contractual es viable comprender que el núcleo duro corresponde a la buena administración pública y la satisfacción del interés general.

Según Wunder y Valencia (s.f) “El derecho fundamental a la buena Administración pública, en estos términos, se presenta como un derecho-sombrilla o un derecho-síntesis, que alberga un haz de derechos fundamentales cuyo destinatario es el Estado-administrador” (p. 54). Por su parte, Rodríguez (2014 p.29) señaló que por virtud de dicho mandato los organismos estatales tienen el deber de centrar su atención en las necesidades de los asociados, lo que trae como consecuencia que por delegación de funciones a través del pacto social por parte de los administrados al estado, éste debe velar por la correcta ejecución de los recursos públicos.

Así las cosas, y de conformidad con el rol de materializador de derechos fundamentales que ostenta el estado, éste debe procurar que en todo momento se interponga el interés general sobre los intereses individuales de un determinado sector, lo que corresponde al derecho fundamental de la buena administración, cuyo propósito es mejorar la calidad de vida de los asociados. Partiendo de lo anteriormente expuesto, Wunder y Valencia (s.f) señalaron que el derecho fundamental a la buena administración tiene su origen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 por Parlamento Europeo, e igualmente fue desarrollado por medio de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD expedida en el 2013.

Comprendiendo que, si bien en Colombia no se encuentra instalado de forma directa, su aplicación procede por el artículo 93 de la Constitución Política, a través del bloque de constitucionalidad señalando la protección de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el congreso sobre derechos humanos que se incorporen al ordenamiento jurídico interno. En ese orden de ideas, por medio de la Ley 637 de 2001 se aprobó el "Acuerdo relativo al Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, y sus Estatutos", firmado en Caracas, el 30 de junio de 1972” y con ello, la documentación proferida por el Organismo es aplicable a los países miembros por lo que ese sentido, en lo que respecta al caso colombiano Arcila y López (2019) afirman igualmente que al realizar una lectura de normas constitucionales se evidencia que a través del artículo segundo de la Constitución Política se puede hablar de la existencia del derecho fundamental a la buena administración pública.

En dicho apartado constitucional, se indica como fin del estado “Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”, convirtiéndose en el pilar de lo que significa la buena administración pública ya que garantiza la intervención de todas las personas en la actividad estatal. Resulta que, este derecho fundamental en concordancia con lo señalado por Wunder y Valencia (s.f, p. 49) cobija de forma fuerte a otros derechos fundamentales, por lo que así las cosas, una mala administración pública en materia de servicios públicos de agua puede afectar la salud

en conexión con la vida entre otros, o para el caso de la construcción de vías se aquejaría la libre locomoción, por consiguiente la entidad estatal en todo momento debe propender por la elección de un contratista que bajo ninguna circunstancia sobreponga sus intereses particulares o subjetivos dado que se encuentran comprometidos valores superiores como la vida de los administrados.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de servicios públicos esenciales en la sentencia C - 691 de 2008 ha señalado que:

“La Corte ha acudido al criterio de acuerdo con el cual un servicio público es esencial cuando “las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”. En tal sentido, la Corte ha declarado que servicios como la banca central; el transporte; las telecomunicaciones; la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y los servicios públicos domiciliarios, son materialmente servicios públicos esenciales.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer elemento para solucionar la pregunta problema para esta investigación es el choque entre la legalidad y la buena administración pública razón por la cual ha de efectuarse un análisis del núcleo duro respecto de ambos mandatos y ver cuál de ellos debe tener prioridad sobre el otro en un enfoque de Estado Social de Derecho.

Así las cosas, jurisprudencialmente se comprende que el núcleo duro de la legalidad es el derecho fundamental al debido proceso, y en relación con el principio de la buena administración pública se identifica que este mandato cubija otros derechos fundamentales derivados de la prestación del servicio público que para el caso de la actividad contractual del estado en muchas ocasiones se relaciona de forma estrecha con la vida, salud, telecomunicaciones y libre locomoción entre otros. Teniendo claro ese punto, la Administración deberá evitar la malversación de los recursos públicos por medio de la elección de contratistas incursos en situaciones de conflictos de intereses para quienes no es

una prioridad la satisfacción del interés general y los derechos de la comunidad, lo que trae como consecuencia la materialización de las tesis del Consejo de Estado, Cerrillo (2021) y de la primera postura de Colombia Compra Eficiente donde prima el núcleo fuerte del derecho a la buena administración pública sobre la legalidad, en razón a los valores constitucionales que protege.

Finalmente, respecto a la prevalencia del mandato de la buena administración pública se comprende que el debido proceso que conforma el núcleo básico de la legalidad estricta se minimiza en una medida razonable, y con ello permitiendo la inclusión de cláusulas adicionales que regulen conflictos de intereses de los contratistas en el pliego de condiciones siempre y cuando las entidades estatales hagan un uso adecuado de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad de las mismas, teniendo en cuenta que el fin del contrato estatal es la efectividad de los derechos fundamentales y la satisfacción del interés general.

El segundo argumento que soporta esta hipótesis, corresponde a una tesis anti formalista del derecho en razón a que el propósito de adicionar formas regulatorias del conflicto de intereses al contratista en los pliegos de condiciones se enfoca teleológicamente a la protección de los fines del estado y los administrados, sin interponer limitaciones abusivas que bloquean injustificadamente la igualdad manifestada en la libre concurrencia a un proceso de selección.

Ahora bien, adentrándonos en esta idea Perilla (2017) indica que:

“Contrario al Estado liberal de derecho propio de la Constitución Nacional de 1886, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se estableció un Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, en el cual se adopta la prevalencia de los derechos constitucionales y se reconoce la importancia de los mismos en un marco jurídico incluyente” (p. 113).

Lo anterior, explica el autor que el enfoque jurídico de interpretación debe ser al derecho sustancial y no formal, convirtiéndose esta en una herramienta para apartarse de la rigidez

del principio de legalidad concebido para el caso en comento. Por consiguiente, y con el propósito de proteger el interés general donde la ley no ha regulado aspectos detallados de la actividad contractual, se hace necesario realizar una lectura finalista del derecho. Así pues, y como conclusión del segundo elemento argumentativo, se encuentra que dicha interpretación finalista, es compatible a la estructura del sistema de contratación pública de Colombia basado en un estatuto de principios constitucionales y legales, que sirven de sustento a situaciones no reguladas pero que pueden llegar a afectar la correcta ejecución de los recursos públicos, por tanto es posible superar la forma en que está configurado el sistema exegético de interpretación de la doctrina que habla del conflicto de intereses “sólo de orden legal”.

El tercer y último elemento de esta hipótesis, corresponde a la aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre la legalidad estricta y para ello recuérdese que en menciones anteriores del presente artículo, Santofimio (2003) afirmó que debe ser entendida bajo un criterio teleológico y finalista, ya que no se enmarca dentro del positivismo legal ni se limita al acatamiento estricto de la ley, entendiendo que la vinculación de la Administración Pública se sujeta al cumplimiento a la parte sustancial del derecho conformado por sus principios y normas orientadores. En ese orden de ideas, comprender la legalidad en un sentido finalista tal como lo expone igualmente Santofimio (2008, p. 212) es darle paso a la función estelar del funcionario público en desarrollo de su labor y búsqueda de la satisfacción del interés general, de lo cual una interpretación meramente formalista de la misma implicaría una visión estática de la administración pública, donde simplemente las entidades estatales se someten al acatamiento de la ley sin que haya una evolución conceptual nutrida de elementos interpretativos y nociones ágiles aplicados en casos concretos.

Asimismo, es importante resaltar que esto permite la constante búsqueda del cumplimiento de los fines del estado, ya que es imposible afirmar que el ordenamiento jurídico regula todas las situaciones que puedan presentarse en el derecho administrativo y particularmente en la actividad contractual del estado.

En concordancia con lo expuesto, y partiendo de la noción de la legalidad finalista que habla Santofimio (2003), es posible comprender y dirigirnos al principio de prevalencia

del interés general como “presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general” (p. 368), entendiendo que dicho mandato encuentra su propósito en la satisfacción de las finalidades del estado y por ende las entidades estatales acudirán a todos los niveles que conforman el ordenamiento jurídico para su materialización. Pese a que, no existe una definición de interés general en la Constitución Política de 1991, Santofimio (2003) plantea que el ejercicio del poder político no está sujeto a intereses particulares toda vez que los mismos deben ceder al interés comunal evitando un conflicto entre ellos, donde el primero debe cederle el paso al bienestar de la comunidad. Por consiguiente, y teniendo en cuenta el principio de la prevalencia del interés general y la protección efectiva de los derechos fundamentales como finalidad del contrato estatal, es viable jurídicamente comprender la inclusión de cláusulas adicionales que regulen situaciones de conflictos de intereses adicionales a las señaladas en la ley por medio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los pliegos de condiciones de un proceso de selección de contratista en nuestro sistema jurídico desde una perspectiva piramidal y teleológica como lo indicó dicho autor.

Seguidamente, partiendo de la base de que el derecho administrativo, constitucional y la actividad contractual a cargo del estado se fundamenta en principios orientadores, es viable afirmar jurídicamente que la inclusión de dichas cláusulas que regulan conflictos de intereses del contratista en el pliego de condiciones se ubica en la legalidad finalista del estado social de derecho adoptado en la Constitución Política de 1991, de conformidad con el principio de transparencia en la estructuración de reglas de participación enfocadas la protección del erario público y su correcta administración. Así las cosas, como resultado de esta investigación se considera que la respuesta correcta es que si la Administración en desarrollo de un proceso contractual determina que existen situaciones que ponen en riesgo o quebrantan el interés general como finalidad del contrato, puede incluir cláusulas adicionales que regulen conflictos de intereses de los particulares contratistas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley.

Lo anterior, siempre y cuando se acompañe de un análisis de razonabilidad y proporcionalidad en la estructuración de reglas de participación que conforman el pliego de

condiciones, contribuyendo al desarrollo de una función administrativa eficaz donde se dé cumplimiento a los fines estatales.

6. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente artículo pueden identificarse varios aspectos, recuérdese que se tuvo como hipótesis de investigación aquella relacionada con la posibilidad de incluir cláusulas adicionales a las establecidas en la ley que regulen conflictos de intereses en los contratistas. Bajo ese entendido, la primera conclusión señala que el actuar del servidor público a cargo del manejo de los procesos de contratación está sometido a un mandato comportamental por medio del cual, cada decisión debe ir orientada a los requerimientos de la función administrativa, y en búsqueda de los fines del Estado. En virtud de lo anterior, se presenta una fuerte relación con la transparencia, de la cual se despliega la selección objetiva y la publicidad a nivel específico ya que dicho principio implica que el administrado tenga la posibilidad de verificar clara e instantáneamente cómo se están manejando los recursos que paga al estado, formando parte activa en la administración del erario. Asimismo, la selección objetiva como derivación hace referencia a la necesidad de la entidad estatal de elegir un contratista teniendo en cuenta parámetros objetivos observando los criterios de selección que trae la ley para cada modalidad de contratación.

Teniendo claro estos planteamientos, la segunda conclusión refiere a la libre concurrencia en choque con la inclusión de cláusulas que regulan la participación de quienes podrían estar incurso en situaciones de conflicto de intereses, evidenciando que su aplicación es relativa toda vez que la actividad contractual del estado persigue el interés general. Por tanto, las administraciones públicas han de elegir al contratista bajo criterios de idoneidad moral, técnica, financiera y jurídica para la correcta ejecución del contrato.

La tercera conclusión, implica el objetivo agotado en lo relativo al marco conceptual del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las posturas de organismos judiciales y del orden ejecutivo, respecto de la configuración en el pliego de condiciones de cláusulas adicionales a la ley de conflictos de intereses aplicables a contratistas, encontrando que la

Corte Constitucional adopta una tesis restrictiva para la cual no es posible su inclusión por cuanto han de estar consagradas legalmente de acuerdo con una visión de legalidad positivista en extremo. Seguidamente, en el Consejo de Estado y el primer lineamiento de Colombia Compra Eficiente se observa que están de acuerdo con el señalamiento de aquellas prohibiciones adicionales siempre y cuando se acredite la taxatividad y objetividad de cada causal que regule conflictos de intereses para la participación de los proponentes en la actividad contractual.

Consecutivamente, en relación con la segunda teoría por parte de Colombia Compra Eficiente se tiene un cambio radical mediante el cual adoptó la tesis expuesta por la Corte Constitucional. Por último, se analizó que dicho organismo en su tercera hipótesis nuevamente cambió su postura a la inicialmente expuesta.

Como cuarta conclusión, se tiene que desde el punto de vista doctrinal la mayoría de los autores no comparten la idea de inclusión de estas cláusulas adicionales por mandato de la estricta legalidad, siendo Duque Vanegas (2019) y Cerrillo (2021) quienes están a favor de su configuración por motivos de proteger los principios orientadores de la contratación pública y la buena administración de los recursos públicos.

En ese punto del proyecto, se consideró competente exponer ejemplos casuísticos en la práctica con el propósito de evidenciar que esta tensión de posturas genera dificultades de interpretación e inseguridad jurídica, y como solución del conflicto generado, en primer lugar se abordó la tensión entre los mandatos de legalidad y la buena administración pública y ¿por qué este choque? La respuesta corresponde a que la legalidad se refiere a que no es viable jurídicamente interponer una sanción o consecuencia a un presupuesto que no se encuentre regulado en la Ley, chocando con la buena administración a causa de la falta de regulación en el ordenamiento jurídico de ciertas situaciones que impliquen conflictos de intereses a los contratistas limitando la posibilidad de pactarse en el pliego de condiciones. Lo anterior, trae como consecuencia la filtración de casos donde potencialmente puede verse en riesgo el cumplimiento de los fines estatales, la correcta prestación de los servicios públicos y la materialización de los derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando se da este tipo de choque, según la Corte Constitucional es necesario hacer una ponderación para verificar cuál mandato se impone al otro, analizando el núcleo fuerte o esencial de los derechos fundamentales, sin que implique la anulación de ningún postulado, a lo que simplemente se minimiza. Por consiguiente, para el caso en concreto se tiene que el núcleo duro de la legalidad es el debido proceso, y por la naturaleza y forma en que se despliega la buena administración pública, el núcleo duro en materia de servicios públicos esenciales puede ser la vida, dignidad humana, libre locomoción entre otros, razón por la cual en este escenario debe primar la buena administración pública sobre la estricta legalidad.

Posteriormente, la solución a la pregunta problema se fundamentó en el sistema anti formalista de la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta el modelo de estado social de derecho donde prima la parte sustancial sobre la estricta formalidad conformando la base para que la doctrina adopte un concepto de legalidad finalista. Así las cosas, se tiene que para el caso en concreto derivado del choque de principios obligatoriamente debe primar el interés general y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos por la buena administración pública, convirtiéndose en el sustento y legitimación del poder público.

Con el agotamiento de dichos objetivos, se utilizó la metodología de investigación deductiva, partiendo del postulado general de los principios, teorías y posiciones de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente, filtrando un análisis doctrinal, para así llegar a la especificidad que resuelve un problema de trascendental en el contexto del contrato estatal. Por otra parte se desarrolló una exploración cualitativa por cuanto de la generalidad de las tesis y providencias expuestas se realizó un juicio de valor permitiendo llegar a la conclusión del presente artículo.

Seguidamente, se observa en la resolución a la pregunta problema, la viabilidad jurídica y por tanto debería permitirse a las entidades estatales la utilización de cláusulas que regulen conflictos de intereses en la selección del contratista, ya que es imposible afirmar que todas las situaciones que rodean esta figura están configuradas en el ordenamiento jurídico más aun teniendo en cuenta la realidad social, económica y cultural de las diversas

regiones del país. Lo anterior, con el propósito de lograr una evolución del escaso régimen regulatorio de la materia y de esta manera proteger de forma más efectiva los fines públicos, el cumplimiento de los derechos fundamentales y la correcta prestación de los servicios públicos en la teoría del estado social de derecho instalado en nuestra Constitución Política de 1991.

Así, cuando se afirma la posibilidad de incluir cláusulas de conflictos de intereses por fuera del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la selección del contratista, se encuentra un sentido propositivo toda vez que se busca tomar una postura dentro de las tesis expuestas que tratan la materia, identificando un motivo para que ello suceda. En ese sentido, se partió del análisis teórico del choque de los principios que rigen la actividad contractual tales como el de legalidad vs la buena administración pública, donde se observó la prevalencia del segundo mandato, desarrollando así, una tesis no establecida anteriormente en los textos revisados. Igualmente, lo mismo sucede con la postura anti formalista del derecho comprendiendo que constitucionalmente prevalece lo sustancial sobre lo formal, así como en la prevalencia del interés general. De lo cual, se utilizó estas tres herramientas para dar solución a la pregunta problema, no existiendo como tal, en la doctrina vigente la combinación de dichos elementos para resolver esta importante cuestión.

Adicionalmente, la postura de la presente investigación se tomó de una comparación de las tesis expuestas por la Corte Constitucional, Consejo de Estado y la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, respecto de la inclusión de cláusulas que regulen conflictos de intereses a los oferentes en el pliego de condiciones, de lo cual se observa que dicha tensión no han sido ejemplificada o comparada en otro texto jurídico, lo cual también resulta propositivo en el contexto de esta investigación, buscando finalmente pregonar por la evolución de la figura jurídica, por medio de la utilización de un camino propio.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Archila Peñaloza, E y Pabón Almanza, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas, Bogotá D.C, Colombia, Con-texto, Revista de Derecho y Economía.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3315>

Arcila Russi, L y López Olvera, M. (2019). El derecho humano a una buena administración pública en México y Colombia, Bogotá D.C, Colombia, Editorial INCISO, Universidad la Gran Colombia <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/841>

Atehortua Ríos, C. (1995). Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal, Bogotá, D.C, Colombia, Biblioteca jurídica Diké.

Barreto Moreno, A. (2016). Nuevas tendencias del derecho administrativo, Bogotá D.C, Colombia, Ediciones Uniandes.

Barreto Moreno, A. (2017). Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios, Barranquilla, Colombia, Revista de derecho Universidad del Norte.

Bejarano Roncancio, J. (2009). Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/2388/9789587194029.01.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

Castro Cuenca, C, García López, L y Martínez Vargas, J. (2010). La contratación Estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional, Bogotá D.C, Colombia, Universidad del Rosario.

Cea Egaña, J. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental, Coquimbo, Chile, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. <https://revistaderecho.ucn.cl/article/download/2147/2682/>

Cerrillo Martínez, A. (2021). La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública, Bogotá D.C, Colombia, Revista digital de Derecho Administrativo N°25.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6911>

Dávila Vinueza, L. (2016) Régimen Jurídico de la contratación Estatal, Bogotá D.C, Colombia, Editorial Legis.

Del Vecchio, G. (1971). Anuario de Filosofía del derecho, España, García Belaunde, *Ref.: ANU-F*

[197110012300162https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1971-10012300162](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1971-10012300162)

Departamento administrativo de la Función Pública. (2018) Conflictos de interés de servidores públicos. Bogotá D.C, Colombia, Gobierno Nacional, https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1525712072_3a81e8f4a6052bcbff4f90ca61f6de90.pdf

Díaz Díez, C. (2020). Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones? Bogotá D.C, Colombia, Revista Digital de DerechoAdministrativo.<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6656>

Duque Botero, J y Vanegas Vidal, L. (2019). GPS Contratación pública Guía profesional, Bogotá D.C, Colombia, Tirant lo Blanch.

Estrada Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas? Medellín, Colombia, Revista Opinión Jurídica. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2018>

Expósito Vélez, J. (2013). Forma y contenido del contrato estatal, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

González López, E. (2010). El pliego de condiciones en la contratación estatal- La reforma consagrada en la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, Bogotá D.C, Colombia Universidad Externado de Colombia.

Ibáñez Najar, J. (2004). El “estatuto general de contratación de la administración pública” Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza, Bogotá D.C, Colombia Unversitas. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510804>

Mantilla Pallares, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia, Tunja, Colombia, Revista principia Iuris <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/946>

Marín Hernández, H. (2007). Discrecionalidad Administrativa, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia.

Matallana, Camacho, E (2012) Manual de Contratación de la Administración pública reforma Ley 80 de 1993, tercera edición, Universidad Externado de Colombia.

Matallana, Camacho, E (2015) Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la ley 80 de 1993, Cuarta Edición, Universidad Externado de Colombia.

Molano, M. (2010). Los sujetos de la contratación estatal, Bogotá D.C, Colombia, Ediciones nueva jurídica.

Nieves López, J. G (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual, Bogotá, D.C, Colombia, Revista Verba
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1020>
Iuris.<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1020>

Palacio Hincapié, J. (2020). La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R.S.A.S

Pardo, J y Lledó, C. (2014). El principio de la libre concurrencia de los oferentes como instrumento de legitimación de los procedimientos administrativos licitatorios. El mercurio.<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902725&Path=/0D/C6/>

Parejo Alfonso, L. (2004). Interés público como criterio de control de la actividad administrativa, España, Biblioteca Digital del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (www.iadb.org/etica) - <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=83501>

Perilla Granados, J. (2017). Constructivismo antiformalista: Conceptualización pedagógica y materialización jurídica, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Sergio Arboleda. <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/937/Constructivismo%20antiformalista.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Polanía Tello, N. (2014). La moralidad administrativa: de la formulación a la eficiencia, Bogotá D.C, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Rico Puerta, L. (2012). Teoría General y práctica de la contratación Estatal. Editorial Leyer.

Rodríguez Arana, J. (2014). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa, Cataluña, España, Misión Jurídica.<https://www.revistamisionjuridica.com/la-buena-administracion-como-principio-y-como-derecho-fundamental-en-europa/#:~:text=La%20buena%20Administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20es,el%20funcionamiento%20de%20la%20Administraci%C3%B3n.>

Rodríguez Flórez, L. (2016). Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta, Bogotá, D.C, Colombia, Universidad Católica de Colombia.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3058/4/ARTICULO%20DE%20INVESTIGACION%20%20SEGUN%20CIRCULAR%20002-15%20Y%20NORMAS%20APA-PRINCIPIO%20DE%20SELECCI%C3%92N%20OBJETIVA.pdf>

Rosero Melo, B. (2019). Contratación estatal. Manual teórico – práctico. Ediciones de la U. Santofimio Gamboa, J. (2003) Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Bogotá D.C, Colombia, Tercera Edición.

Santofimio Gamboa, J. (2008). Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo colombiano. A&C - revista de direito administrativo e constitucional.
<https://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/viewFile/342/113>

Solís Enríquez, F. (2015). El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal. Revista diálogos de saberes.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/160#:~:text=El%20principio%20de%20proporcionalidad%2C%20y,sacrifique%20la%20finalidad%20del%20deber>

Wunder Hachem, D y Valencia, C. (2019). Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena Administración pública en el derecho administrativo brasilero. Revista digital de derecho administrativo.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5700/7529#info>

Yong Serrano, S. (2015). En contrato estatal en el contexto de la nueva legislación, Bogotá D.C, Colombia, Grupo editorial Ibáñez.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2006,, Bogotá, D. C, providencia de 10 de agosto, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00080-00(1767), Consejero ponente: Luis Fernando Alvarez Jaramillo
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2011, Marzo, Bogotá D.C, sentencia de marzo, Radicación No. 2.04511001-03-06-000-2011-00001-00, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>.
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2011,, Bogotá, sentencia del diez 10 de febrero, radicación número: 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306) Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón,
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2007, Bogotá, sentencia del treinta 30 de agosto, radicación número: 88001-23-31-000-2004-00009-01(ap) Consejero Ponente: Enrique Gil Botero,
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2010, Bogotá D.C., sentencia del catorce 14 de abril, radicación número: 68001-23-15-000-2003-01472 01(AP), Consejero Ponente (e): Mauricio Fajardo Gómez,
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 2013,, Bogotá D.C, sentencia del 29 de agosto, radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa,
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, 2016, sentencia 13 de abril, radicación número: 68001-23-15-000-2003-00610-01(34289), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

- **Corte Constitucional**

Corte Constitucional, 1994, sentencia C- 415, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-415-94.htm#:~:text=C%2D415%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20legislador%20no%20pretende%20mediante,econ%C3%B3mica%20y%20a%20la%20iniciativa%20privada.>

Corte Constitucional, 2001, C – 710, Magistrado Ponente, Jaime Cordoba Triviño, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-710-01.htm>

Corte Constitucional, 2018, T – 115, Magistrado Ponente, Alberto Rojas Ríos, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-115-18.htm#:~:text=T%2D115%2D18%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20pretensi%C3%B3n%20de%20la%20accionante,requisitos%20legalmente%20establecidos%20para%20ello.>

Corte Constitucional, 1996, sentencia C - 221, Magistrado Ponente, Jose Gregorio Colmenaes Rodríguez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-221-96.htm#:~:text=Cuando%20la%20inhabilidad%20o%20incompatibilidad,los%20derechos%20surgidos%20del%20mismo.>

Corte Constitucional, 2008, C- 691, Magistrado Ponente, Manuel Jose Cepeda Espinosa, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-691-08.htm>

Corte Constitucional, 2008, C-756, Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-756-08.htm>

Corte Constitucional, 2009, C- 353, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-353-09.htm>

Corte Constitucional, 2009, SU 913, Magistrado Ponente, Juan Carlos Hanao Perez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm>

Corte Constitucional, 2012, C – 618, Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-618-12.htm>

Corte Constitucional, 2012, C-1016, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-1016-12.htm>

Corte Constitucional, C- 618, 2012, Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-618-12.htm>

Corte Constitucional, C-449, 1992, Magistrado Ponente, Alejandro Martinez Caballero, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>

Corte Constitucional, C-815, 2001, Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.htm>

Corte Constitucional, 1994 T-456, Magistrado Ponente, Alejandro Martinez Caballero, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-456-94.htm>

- **Legislación**

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2013, Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN – PAULA ANDREA BRAVO ROSERO

Congreso de la República de Colombia, Código Civil, artículo 1504, 1502, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 637, 2001, “Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo relativo al Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, y sus Estatutos", firmado en Caracas, el 30 de junio de 1972.” DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44281. 4, ENERO, 2001. PÁG. 5, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1665181>

Congreso de la República de Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 88,93, 209.(Diario Oficial No. 51.635 - 15 de abril 4 de 2021), http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia, Decreto 2153, 1992, artículo 47 (numeral 9), Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

Gobierno de Colombia, Decreto 342, 2019, publicación del a los 5 días del mes de marzo, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90750>

Congreso de la República de Colombia, Ley 1150, 2007, artículo 5, inciso 3°, del literal c), numeral 4 del artículo 2°, Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 1437, 2011, artículo 3, 141,144, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN – PAULA ANDREA BRAVO ROSERO

Congreso de la República de Colombia, Ley 1882, 2018, artículo 4, Diario Oficial No. ** del 15 de enero de 2018, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>

Congreso de la República de Colombia, Ley 2022, 22 de julio, 2020, Diario Oficial No. 51.383 de 22 de julio de 2020, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2022_2020.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 472, 1998, artículo 1, Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 489, 1998, artículo 4, Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 734 de 2002, artículo 40, Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 80, 1993, artículo 3, 8, 9, 23, 24, 40, 44 (numeral 3), 45, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Parlamento Europeo, 2000, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- **Emisiones de Colombia Compra Eficiente**

Colombia Compra Eficiente, 2020, Resolución Numero 240.

Colombia Compra Eficiente, 2020 Resolución 0045 artículo 1.14.

Colombia Compra Eficiente, 2019, Resolución Número 1798.

Colombia Compra Eficiente, 2020, Documento base o pliegos tipo versión 01 licitación de obra pública de infraestructura de transporte)
<https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>

Colombia Compra Eficiente, 2020, Documentos tipo (sic) – licitación de obra pública de infraestructura de transporte (versión 2). <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>

Colombia Compra Eficiente, 2020, Documentos tipo (sic) – licitación de obra pública de infraestructura de transporte (versión 3). <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>

- **Emisiones del Ministerio del Trabajo**

Ministerio del Trabajo, Resolución 2998, 2019.

Ministerio del Trabajo, Resoluciones 2294, 2019.

- **Emisiones del Instituto Nacional de Concesiones INCO**

Ministerio de Transporte, 2010, Instituto Nacional de Concesiones – Inco- Pliego de Condiciones Definitivo concurso de méritos No. SEA-CM-002)”