

LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA CONFECCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

PUBLIC ADMINISTRATION LIMITS FOR THE TENDER DOCUMENT'S CLAUSES PREPARATION

DAVID RICARDO MONTEALEGRE¹

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el abordaje jurídico de los límites existentes a la autonomía con que goza la administración pública para la confección de las cláusulas que se incorporan en los pliegos de condiciones en la actividad contractual.

Bien es sabido que los esfuerzos tanto legislativos como jurisprudenciales han tenido un norte enfocado en la minimización de los eventos en que se gesta la corrupción en lo que respecta a la ordenación del gasto público. Es así como las normas especiales que integran el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, y demás normas concordantes y complementarias) han incorporado en el ordenamiento jurídico una serie de principios y reglas que evitan el direccionamiento arbitrario de la contratación pública por parte de las entidades estatales de todos los órdenes.

Los esfuerzos en esa lucha contra la corrupción en materia de contratación pública han tenido un desarrollo muy nutrido a lo largo del tiempo, por lo mismo, el enfoque de la investigación que hoy se presenta se hace a la luz de un estudio

¹ Abogado, Especialista y Magíster (c) en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Actualmente ejerce el cargo de asesor jurídico en cobro coactivo del Acueducto Municipal de Yopal – Casanare. Artículo de investigación científica y tecnológica producto del proyecto de investigación adelantado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja. Celular: 3124450030. Correo electrónico: davidrimont@gmail.com

histórico-jurídico. Estudio que aborda la evolución de los límites que en virtud de la legislación y la jurisprudencia, le son aplicables a la autonomía con que cuenta la administración pública para confeccionar las condiciones que luego hacen parte integral de los pliegos de condiciones en la actividad contractual.

En procura de lo anterior se definirán en primer lugar las principales características de los pliegos de condiciones a la luz de los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables a la fecha; en segundo lugar y en consonancia con lo anterior se determinarán los límites existentes a la autonomía de las autoridades administrativas en lo que respecta a la confección de las cláusulas de los pliegos de condiciones para que finalmente se establezcan las consecuencias que llevan de sí la inobservancia de los límites en comento a la hora de confeccionar los pliegos de condiciones en la actividad contractual.

Palabras clave: Autonomía administrativa; Pliego de condiciones; Cláusula; Límites; Contratación estatal.

ABSTRACT

The purpose of this article is the legal approach to the existing limits to the autonomy enjoyed by the public administration for the preparation of the clauses that are incorporated in the specifications in the contractual activity.

It is well known that both legislative and jurisprudential efforts have been focused on minimizing the events in which corruption takes place with regard to the management of public spending. This is how the special regulations that make up the General Statute of Public Procurement (Law 80 of 1993, Law 1150 of 2007, Sole Regulatory Decree 1082 of 2015, Law 1474 of 2011, and other concordant and complementary regulations) have been incorporated into the legal system a series of principles and rules that avoid arbitrary targeting of public procurement by state entities of all orders.

Efforts in the fight against corruption in the matter of public procurement have had a very nourished development over time, for this reason, the focus of the investigation that is presented today is made in the light of a historical-legal study. Study that addresses the evolution of the limits that by virtue of the legislation and jurisprudence, are applicable to the autonomy available to the public administration to draw up the conditions that later become an integral part of the specifications in the contractual activity.

In pursuit of the above, the main characteristics of the specifications will be defined first in light of the normative and jurisprudential guidelines applicable to date; secondly, and in line with the foregoing, the existing limits to the autonomy of the administrative authorities will be determined with regard to the preparation of the clauses of the tender documents so that the consequences of the non-observance of the conditions are finally established. the limits in comment when preparing the specifications in the contractual activity.

Keywords: Administrative autonomy; Specifications; Clause; Limits; Public contract.

INTRODUCCIÓN:

En el ejercicio de la contratación pública por cuenta de la constitución y de la ley, se ha conferido un amplio margen de discrecionalidad a las entidades públicas en lo que concierne a la estipulación de las condiciones que integran los pliegos de condiciones en los procesos de selección, sea cual sea la modalidad. Así las cosas, como es natural, pueden gestarse cláusulas que en muchos casos propenden por el beneficio particular de un servidor o particular en concreto.

En razón de ello, en un primer esfuerzo por limitar los márgenes de corrupción que se generan en los proceso de contratación pública, el estatuto general de la contratación pública señaló de forma general una serie de reglas y principios que

deberían observarse a la hora de adelantar un proceso de contratación. Dicha medida no solucionó el problema de fondo dada la indeterminación que lleva de sí los pliego de condiciones.

Como remedio al anterior vació la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido estableciendo los criterios mínimos de interpretación de las reglas y principios en comento, y con ello ha generado un panorama por sobre el cual deberá cada entidad pública confeccionar las condiciones que incluirá en los pliegos de condiciones de cada proceso de selección que adelante.

La inobservancia de los presupuestos normativos y jurisprudenciales que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones se han gestado, lleva de suyo la posterior declaratoria de nulidad del contrato estatal, con las consecuencias fiscales, disciplinaria y penales que ello enerva. De allí la importancia del presente estudio.

1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES:

Los pliegos de condiciones se caracterizan por su indefinición jurídica y por constituir en una primera fase, las reglas que serán el norte de cualquier tipo de contrato estatal. Ha sido la Ley 80 de 1993 la que realizó algunas precisiones respecto de las características con que deben contar los pliegos de condiciones; no obstante lo anterior, ha existido un importante esfuerzo por parte del operador judicial para armonizar dichas normas de carácter sustancial con los mandatos existentes en virtud de los principios constitucionales y legales que rigen el actuar de la administración pública en lo que respecta su qué hacer contractual.

A diferencia de la anterior reglamentación que sobre la materia existía, el nuevo estatuto de la contratación pública simplificó los criterios a tener en cuenta a la hora de confeccionar los documentos del proceso y del mismo contrato. Los esfuerzos normativos que trajo consigo el nuevo estatuto, en términos de BENAVIDES (Benavides, 2004):

“(...) orientaron al legislador hacia la simplificación de las reglas contractuales contenidas en un solo estatuto que, a diferencia del precedente, contendría tan solo los grandes principios sobre la materia. Las entidades estatales podrían desarrollar su actividad contractual en un contexto de mayor libertad, para adaptarse mejor a las exigencias de eficacia de la administración y los contratistas tendrían, por su lado, la seguridad jurídica brindada por un sistema más igualitario, consecuencia de la reducción y reglamentación de las prerrogativas de poder público de las entidades contratantes, así como la protección de la inversión privada. El refuerzo de la concurrencia y de la responsabilidad penal y disciplinaria reemplazarían la abundante reglamentación del estatuto precedente que, contrariamente a su objetivo de control, había generado un sistema ineficaz y corrupto.”

Así pues, aplicando un criterio en su mayoría pragmático, se definieron reglas de fácil cumplimiento y control. Por lo anterior, cobra relevancia el entendimiento de las características generales de los pliegos de condiciones para de ese modo lograr una verdadera aplicación de los principios y reglas sustantivas que rigen la materia a la hora de elaborar un proceso contractual en cabeza de los entes públicos.

Una definición exacta de lo que significa un pliego de condiciones es inexistente, en su lugar, la Ley 80 de 1993 se limitó a señalar en su artículo 24, numeral 5 sobre el particular que:

“En los pliegos de condiciones:

- a.) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*

- b.) Se definirán reglas objetivas, justas, claras, y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.*
- c.) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*
- d.) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*
- e.) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimiento de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*
- f.) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”

Así pues, a pesar de que no se señala en esencia la definición de lo que es el pliego de condiciones, si se dan unas reglas mínimas que deberán observarse a la hora de confeccionar el mismo so pena de que su inobservancia conduzca a la ineficacia de alguna de sus cláusulas.

En este mismo sentido, la misma Ley 80 consagró en el numeral 2 de su artículo 30 lo siguiente:

“La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y

obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”

Así pues, es claro que la pretensión o finalidad de los pliegos de condiciones es el establecer, desde la fase precontractual, los requisitos necesarios para garantizar una escogencia objetiva del proponente al tenor literal de los apartes normativos citados.

La falta de definición normativa respecto del concepto del pliego de condiciones ha sido suplida paulatinamente por las precisiones jurisprudenciales. Ha sido la interpretación de los principios y reglas existentes las que han permitido crear un panorama general por sobre el cual se ha confeccionado de manera general las características y contenido de los pliegos de condiciones.

Es así como de manera reciente el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de mayo de 2015 (C.P. Olga Mélida Valle de la Oz) señaló las características generales que son comunes a todos los pliegos de condiciones así:

*“1. Deben elaborarse **atendiendo a las necesidades** de contratación de la entidad, predeterminadas a través de los estudios previos, adelantados con tal fin.*

*2. Deben tenerse en cuenta **para la elaboración del proceso licitatorio.***

*3. Al elaborarse los pliegos de condiciones, la Administración corre con la carga de claridad, presente en toda la etapa pre y contractual, según la cual, **las ambigüedades, errores y equivocaciones inducidas generan responsabilidad a su cargo.***

4. El hecho de que sea la ley del contrato no implica una regla absoluta, en la medida en que existen diferencias en las exigencias de los pliegos que han dado lugar a la **teoría de los requisitos esenciales y subsanables**, así el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, dispone que solamente la ausencia de requisitos, o la falta de documentos necesarios para la comparación de las propuestas, dará lugar al rechazo de las mismas, es decir que lo que impida la comparación, no da lugar a rechazo.

5. El pliego es por regla general intangible, lo cual significa que **no es dable alterar o inaplicar las reglas y condiciones previstas en él**. No obstante, la jurisprudencia concibe como procedente la modificación de aspectos puntuales del pliego si los cambios son razonados, objetivos, se comunican oportunamente a todos los interesados; se someten a la ley que rige la selección y, sobre todo, si se producen antes del cierre de la licitación o concurso, esto es, antes de que se cumpla el plazo dispuesto para la presentación de las respectivas propuestas.

6. Luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, **no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto**, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicia/mente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.

7. La intangibilidad del pliego de condiciones surge una vez abierta la licitación, es decir, cuando empieza a correr el término para que los

interesados, que ya han adquirido el pliego de condiciones, puedan presentar sus ofertas, sólo que excepcionalmente, en esta etapa la ley permite la expedición de adendos, en la forma en que se explicó atrás, para efectos de aclarar el pliego de condiciones.

8. *La entidad debe interpretar los pliegos de manera que se atienda a las reglas allí consignadas, de tal suerte que proceda la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido del mismo.*

9. *Tratándose de **causales de rechazo o sanciones impuestas a los proponentes, debe ser de carácter restrictivo**, ya que no puede aceptarse que so pretexto de la interpretación, la entidad modifique o sustituya el contenido de los mismos.”* (Sociedad Cadena Sierra Ltda. Vs. Municipio de Pitalito, 2015)

Así pues, en la esencia de los pliegos de condiciones se encuentra el deber de establecer reglas objetivas que se enmarquen en el respeto de los principios de transparencia y la libertad de concurrencia. A criterio del operador judicial la efectiva materialización de dichos principios obedece a la teleología de las normas que integran el estatuto general de la contratación pública y por lo mismo, son las condiciones que integran el pliego las llamadas a estructurar la voluntad del legislador en una etapa pre-contractual.

Ahora bien, en razón a la muy limitada definición que podemos encontrar sobre los pliegos de condiciones es menester recurrir a la más reciente doctrina a efectos de puntualizar las nociones generales de este concepto para de ese modo, continuar luego profundizando en lo que respecta a sus características. Para GONZÁLEZ LÓPEZ (Gonzalez Lopez, 2012):

“(...) El pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo de carácter general mediante el cual la administración, en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad de servicio público que pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo de los principios de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la administración seleccionar en forma objetiva la oferta más favorable, según criterios expresos de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales.”

El concepto dado por el Dr. González resulta pertinente en la medida en que: i) Es el desarrollo de lo preceptuado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de septiembre de 2007 (C.P. Enrique Gil Botero) y, ii) sintetiza de manera adecuada y puntual las características propias del pliego de condiciones, enmarcándolo además en una categoría de acto administrativo cuyos efectos prácticos se viabilizan en la escogencia del medio de control adecuado para procurar su control jurisdiccional.

Como se ha visto hasta este punto, dentro de las principales características que tiene el pliego de condiciones encontramos la de figurar regulaciones que serán parte integral tanto de las reglas con que se operará en la fase pre-contractual, así como de las futuras obligaciones que integran el contrato estatal. Continúa González (Gonzalez Lopez, 2012) diciendo:

“El pliego de condiciones contiene dos clases de regulaciones:

- 1. Las condiciones contractuales, donde se reseñan las cláusulas que se aplicarán en la ejecución del contrato que pretende formalizarse con su objeto y especificaciones, los límites a su cuantía contenidos en el presupuesto oficial de la entidad, la forma de pago, el plazo de entrega, las*

revisiones o actualizaciones de precios y, en general, los derechos y obligaciones de las partes.

2. *Las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, considerado de naturaleza normativa (reglamentaria o de acto administrativo) o contractual, donde se señalan las etapas y distintas fases y fechas del proceso de selección, como son, entre otros, la publicación de los avisos; la etapa de aclaraciones y eventuales modificaciones al pliego de condiciones; el plazo para presentar las ofertas; la etapa de audiencia de apertura del sobre económico en el concurso de méritos; la etapa propia de selección y adjudicación a la oferta más favorable y la etapa de perfeccionamiento del contrato.”*

Así las cosas, es claro que el pliego de condiciones debe en todo caso procurar la efectiva materialización de los principios de la contratación pública, en especial el de selección objetiva. Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de 2015 señaló:

“(...) El pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general que no como un reglamento, habida consideración de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación y/o hasta finiquitarse todo lo atinente a la ejecución y liquidación del contrato, igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría cierta suerte de "mutación" en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo

general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado del mismo".

A partir de lo anterior, la Sala concluye y reitera que el pliego de condiciones se debe aplicar de manera estricta en la fase de selección del contratista, por tanto, en el momento en que se cierra el procedimiento "... se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas... (...) El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.

Claro está que si bien es cierto el ordenamiento reconoce la libertad a las entidades estatales para redactar los pliegos de condiciones; no autoriza incluir cláusulas que faculden a la administración a sustraerse de los parámetros objetivos que ella misma redacta de manera general e impersonal, acudiendo a fórmulas abiertas que admitan la aplicación de criterios subjetivos, desconociendo la regla según la cual la oferta seleccionada sólo debe ser aquella que obtenga el mayor puntaje, luego de valorarse los factores de ponderación con otras propuestas.

Por este motivo, la doctrina es enfática en señalar que "la selección objetiva de los contratistas no es otra cosa que la obligación que se impone a los servidores del Estado, para que la escogencia del futuro colaborador de la administración esté despojada de cualquier interés distinto del de vincular al más idóneo de los proponentes, de conformidad con las reglas definidas previamente (...) como consecuencia de los estudios previos, sin que medie, como lo ha reiterado el Consejo de Estado, cualquier tipo de consideración subjetiva, de afecto o de interés, circunscribiéndose la evaluación de las ofertas a la verificación de las exigencias habilitantes del

pliego y a la ponderación mediante fórmulas matemáticas de los factores de evaluación establecidos de forma precisa en el pliego de condiciones”.
(Construimos y Asociados Ltda. Vs. Municipio del Carmen de Viboral., 2015)

Con dicha consideración jurisprudencial se respalda el criterio de que las condiciones de los pliegos deben ser claras, objetivas, e imparciales. Adicional a ello, y en aplicación del principio de planeación deberán consagrar todo lo atinente a la calidad, precio y demás criterios propios de los bienes, obras y servicios a contratar.

El pliego de condiciones por su condición de acto administrativo general debe además obedecer los principios de moralidad pública, transparencia, eficacia, economía y, los demás que le son aplicables a la función administrativa. Es por ello que se limita el actuar de la administración pública, que a pesar de gozar con una autonomía en la confección del pliego, debe hacerlo dentro de unos parámetros mínimos que para el efecto ya fijó la ley y la jurisprudencia.

2. LÍMITES EXISTENTES A LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA PARA LA CONFECCIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES:

Los requisitos mínimos exigidos para la confección de los pliegos de condiciones, viene dado por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.2.1.3., en términos de MATAALLANA (Matallana Camacho, 2015) el artículo en comento:

“(...) establece el contenido general de los pliegos de condiciones para todos los procesos de selección aclarando, eso sí, que sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos y de los requisitos exigidos en el

numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, tales contenidos deben incluir:

- 1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.*
- 2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.*
- 3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.*
- 4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.*
- 5. Anexo técnico. El contenido del numeral primero se presentará en documentos separables del pliego de condiciones como anexo técnico, el cual será público salvo expresa reserva.*
- 6. Minuta del contrato. Anexo del proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios”*
(Subrayado fuera del texto)

Para la causa que nos convoca el presente artículo, es relevante el numeral segundo de la norma en cita toda vez que es este el que representa un mandato imperativo para la confección de pliego de condiciones en el que obliga a la consagración de normas objetivas que de suyo llevan la materialización del principio de libertad de concurrencia que debe cobijar el actuar contractual de la administración.

La aplicación del principio de libertad de concurrencia tiene su valor en que el mismo enerva la concreción del sentido teleológico del contrato estatal, es decir, la

materialización efectiva del principio de prevalencia del interés general. En palabras de SANTOFIMIO GAMBOA (Santofimio Gamboa, 2017):

“La finalidad constituye el elemento teleológico en el contrato estatal, esto es, el propósito para el cual se contrata, el cual no puede ser otro, en tratándose de los contratos estatales, que la satisfacción del interés general, tal y como lo explicamos en detalle en el capítulo segundo del presente trabajo. Los contratos del Estado siempre tendrán una causa y una finalidad: no se celebran porque sí o sencillamente para ejecutar el presupuesto público, sino para cumplir, en forma cabal e integral, con todos los propósitos para los cuales ha sido instituido el Estado. En ese sentido, la finalidad del contrato estatal es, por lo tanto, institucional; nunca personal o subjetiva del servidor público”.

Es así pues, como además deberá el operador administrativo integrar en sus consideraciones para la confección del las reglas del pliego de condiciones, una verdadera concreción y materialización del interés general, pues no es otra la finalidad que impulse el desarrollo y posterior ejecución de un proceso contractual público.

La estructuración de condiciones objetivas conduce necesariamente a la concreción del interés general, para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo el principio de selección objetiva, que debe estar incluido en todo proceso de selección, incluido el de contratación directa, guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica además la garantía de que la administración pública, en el proceso de selección de los contratistas, actuará en forma imparcial y objetiva, con sujeción a reglas, criterios, factores, y objetivos previamente establecidos, apartándose de ese modo de cualquier actuar administrativo desviado y con consideraciones subjetivas que en su mayoría decantan en arbitrariedad (Seguridad del Pentágono colombiano Ltda. (SEPECOL LTDA) Vs. Distrito Especial y Portuario de Barranquilla., 2017)

Por lo anterior, el principio de selección objetiva lleva a la administración pública a la elaboración de condiciones y cláusulas vinculantes, que en todo momento deberán observar preceptos superiores que se enmarcan en el principio del interés general.

Puede decirse entonces que las cláusulas que se incluyen los pliegos de condiciones deberán guardar especial armonía con los preceptos de jerarquía superior como los son los principios constitucionales y los principios y reglas consagrados en el estatuto general de la contratación pública propiamente dicho.

En razón al elevado grado que existe en lo relativo a la autonomía administrativa para la estipulación de las condiciones en los pliegos, resulta imposible abordar todos aquellos eventos en que una cláusula es prohibida; no obstante lo anterior, en razón a la práctica de la contratación se ha logrado determinar unas cláusulas recurrentes en los pliegos de condiciones cuya valoración jurisprudencial las ha enmarcado en el presupuesto de cláusulas prohibidas. De manera acertada GONZÁLEZ (Gonzalez Lopez, 2012) las sintetizó en las siguientes: i) Cláusulas sobre marcas o que establezcan exclusividades; ii) Consorcios y Uniones Temporales; iii) Sobre la promesa de sociedad para los contratos de concesión para la construcción de una obra pública; iv) Posibilidad de presentar alternativas y excepciones técnicas y económicas; v) Creación de causales de inhabilidad, incompatibilidad y restricción al principio de libertad de concurrencia, no previstas en la ley o en la constitución; vi) prohibiciones sobre los criterios de evaluación y selección de la ofertas; vii) Cláusulas que determinen renunciaciones anticipadas al ejercicio de derechos legales del proponente o exoneraciones de responsabilidad de la administración por la información suministrada; viii) Las demás causales que desconozcan los principios del proceso de selección.

Se ha convertido en práctica común de las entidades el incorporar cláusulas en los pliegos de condiciones que limitan la concurrencia de oferentes a determinadas

marcas. La incorporación de una condición que limita la concurrencia una marca determinada trasgrede lo reglado por los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, en este sentido el Consejo de Estado en sentencia del 2011 señaló:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista **debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.** Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es **se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.** (...). En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que el contrato de compraventa celebrado el 27 de noviembre de 1997 entre la sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador, se celebró violando el principio de*

transparencia y el deber de selección objetiva toda vez que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca YAMAHA y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos., contrariando así los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.” (Subrayado y negrilla fuera del texto) (YAMAVALLE LTDA Vs. Municipio de Armenia., 2011)

Así pues, es claro que la celebración de un contrato estatal con inobservancia del principio de selección objetiva conduce a la declaratoria de nulidad absoluta del mismo. La regla es que la entidad contratante no podrá limitar la concurrencia de oferentes al ofrecimiento de una marca específica, sino que por el contrario lo que debe hacer es dejar las características técnicas requeridas para que el oferente, sin importar el distinguo de marca, pueda hacer su mejor ofrecimiento. Tal y como lo señala GONZÁLEZ (Gonzalez Lopez, 2012) lo que busca la administración en principio es la satisfacción de una necesidad del servicio público, por lo que no requiere de una marca determinada; en su lugar deberá dar aplicación a los presupuestos del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 que señala que los requisitos deberán ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato por suscribir y a su valor.

Aunado a lo anterior, en providencia del 2015, el Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta de un contrato estatal por considerar que se vulneró el deber de selección objetiva, pues no se garantizó la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección fijándose condiciones restrictivas de acceso a éste y favoreciendo los intereses de la única entidad que presentó su propuesta (Gesta Vivienda Ltda. Vs. Cámara de Representantes, 2015).

Por la misma línea se ha observado que en lo relativo a los integrantes de los consorcios y uniones temporales, la administración pública se ha abrogado competencias que en efecto no le asisten. En absoluta oposición a lo reglado por los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 algunas entidades fijan el número de integrantes que deberán estar en los consorcios o uniones temporales; dicha condición lleva de suyo la declaratoria de nulidad por protuberante ilegalidad del acto administrativo (pliego de condiciones) que invoca dicha causal (Gonzalez Lopez, 2012). En efecto, las restricciones que han de incorporarse en los pliegos de condiciones deben corresponder a las que taxativamente ya señalaron normas de jerarquía superior.

Ahora bien, otro de los fenómenos que se presentan tiene relación con las condiciones que se incorporan en lo relativo a las promesas de sociedades futuras. Para el caso en concreto, en lo que respecta a las promesas de sociedades futuras, la entidades han implementado la mala práctica dentro del contrato de obra pública, de prohibir la conformación de este tipo de promesas. Debe mencionarse que dichas prohibiciones son ilegales y que por demás encarnan un claro desconocimiento de lo que sobre la materia ha señalado la norma sustantiva; para DÁVILA:

“Siguiendo lo lineamientos del artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la promesa que ha de constar por escrito tiene por objeto la suscripción del contrato de sociedad prometido. Es esta la obligación de hacer nace de la promesa pero sujeta a la condición suspensiva de que haya adjudicación. De manera que si ésta se presenta, nace la obligación de constituir la sociedad y el contrato estatal adjudicado se suscribirá con la sociedad apenas constituida. Si no hay adjudicación, la condición habrá fallado y cesarían los efectos de la promesa.” (Davila Vinuesa, 2017)

En conjunción con lo anterior, debe entenderse que la administración debe regular no solo la manera de evaluar y ponderar estas ofertas sino los requisitos que deben ser cumplidos por la sociedad y los promitentes durante la ejecución del contrato, para que aquellos criterios que sirvieron de base a la evaluación y ponderación de la propuesta se mantengan durante la vigencia y liquidación del contrato (Gonzalez Lopez, 2012). Dicho esto, no es otra la potestad con que cuenta la administración pública con relación a este punto; cualquier consagración que limite el funcionamiento de las promesas de sociedades en el marco de cualquier proceso contractual y, que no se encuentre avalada por mandato superior, conducirá a la declaratoria de nulidad del negocio jurídico.

Otra de las cláusulas prohibidas que son usuales dentro de los procesos de selección, es la que prohíbe a los oferentes el proponer alternativas y excepciones técnicas y económicas al proceso de selección que ha iniciado la entidad. La interpretación que de las reglas de la contratación pública se ha de hacer, en ningún lugar prohíbe o limita el actuar contractual a las estipulaciones que en principio logró determinar la entidad en los estudios previos y demás documentos del proceso.

Durante la fase de observaciones al proyecto de pliego de condiciones, la entidad pública tiene la posibilidad de evaluar los ofrecimientos técnicos y económicos propuestos por los oferentes; siempre que estos prueben ser una mejor alternativa para la entidad, en aplicación de los principios de economía, transparencia y moralidad administrativa, los podrá acatar a efectos de obtener un mayor beneficio. Para el efecto deberá el proponente acreditar de manera técnica (pericial) que en efecto dicha condición mejora las prestaciones del contrato en favor de la entidad pública. En sentencia de 2014 el Consejo de Estado señaló:

“En este punto caben las mismas consideraciones del anterior, toda vez que por tratarse de un tema que también reviste una naturaleza técnica, no es posible concluir si la propuesta alternativa presentada por la demandante

superaba los requerimientos del pliego y representaba mayores ventajas para la entidad. En este orden de ideas, no bastaba con la explicación expuesta en la demanda, sino que era indispensable un dictamen pericial o el testimonio de un experto que despejara todas las dudas de la demanda.”
(Cotec Ltda. Vs. Departamento de Boyacá, 2014)

Así se reitera la posibilidad que tienen los oferentes de realizar ofertas alternativas, siempre que estas involucren una mejora a la contraprestación en favor de la entidad contratante. Por lo mismo, es improcedente que la entidad elimine esta posibilidad pues con la misma estaría limitando el espectro de posibilidades económicas y técnicas de las que ella misma podría beneficiarse. Adicional a lo dicho, en términos de GONZÁLEZ (Gonzalez Lopez, 2012) cuando el oferente ofrece un descuento en la alternativa o excepción técnica o económica, o por la adjudicación y propuesta parciales, no se considera que exista un condicionamiento para la adjudicación, sino un desarrollo de la actividad de mercado, de la competencia y de economías de escala.

Ahora bien, otra de las típicas condiciones que rompen con los parámetros legales es la de las creación de causales de inhabilidad e incompatibilidad por medio de los pliegos de condiciones. Cabe resaltar en primera medida que dichas restricciones son de carácter taxativo y de competencia exclusiva del legislador. La inclusión de causales no prevista en la norma se ha hecho con finalidades subjetivas que limitan la libertad de competencia. Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado:

“Para avanzar en el estudio del tema enunciado, resulta imprescindible referirse a la figura de las inhabilidades y a la de las incompatibilidades, las cuales se encuentran consagradas en normas jurídicas que prevén impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de ellas, a los sujetos a los que aluden tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por

objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad.

Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones; en efecto, lo hizo en providencia expedida en el año 2001, en la cual precisó el alcance de las inhabilidades y las incompatibilidades, así:

"En lo que respecta a los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, que son los que para este asunto interesan, puede decirse que se trata de preceptos jurídicos que establecen prohibiciones de diversa índole, destinadas tanto a los servidores públicos como a los particulares, con el objeto de lograr, en lo que a la contratación pública atañe, la transparencia, objetividad y la imparcialidad en la misma.

Desde el punto de vista de su contenido hacen referencia a situaciones diferentes, aunque en muchos casos concurren de manera simultánea. Por inhabilidad debe entenderse aquella circunstancia que impide a una persona celebrar algún contrato, la cual ha sido establecida por la Constitución o la ley y la incompatibilidad hace referencia a lo que no puede poseerse o ejercerse a un tiempo por una misma persona. Se parte, por ejemplo, de la investidura o cargo que hace que determinadas actividades, negocios, etc. no puedan ser realizados o efectuados por su titular, por considerar que riñen con las funciones inherentes a ese cargo o investidura." (Consortio Los Robles Vs. Instituto de Recreación y Deporte, 2015)

Por su naturaleza, son condiciones de carácter restrictivo de cuya consagración ya se encargó el Congreso de la República. Cualquier tipo de consagración en el pliego que cree, extinga o modifique las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en la norma, en aplicación del criterio de jerarquía normativa, será nula

de pleno derecho y por lo mismo, enervará la nulidad del contrato que se geste dentro de ese caso en concreto.

Ahora, una vez entendido que las cláusulas del pliego deben obedecer a criterios objetivos en su configuración y en razón a lo amplio que puede ser el puntualizar los eventos en que se configura de manera efectiva o no, nos remitiremos a unas reglas sencillas que ha puntualizado GONZÁLEZ (Gonzalez Lopez, 2012) para el caso en concreto. Dentro de las prohibiciones sobre los criterios de evaluación y selección de las ofertas tenemos:

1. La selección en el pliego no puede incluir criterios subjetivos. Al respecto, ha existido un amplio desarrollo tanto de la Corte Constitucional así como del Consejo de Estado. Respecto de la Corte, en sentencia de 2012 se señala que: *“El principio de selección objetiva es pilar fundamental en los procesos de selección, y precisamente dicho principio, hace alusión a que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella persigue, como resultado de ponderar los factores o criterios de calificación que se establezcan en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. El principal fin de la selección objetiva es el de escoger la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público.”* (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 , 2012); así mismo en desarrollo de dicha sentencia señaló el Consejo de Estado: *“En suma la entidad contratante debe ponderar los factores técnicos que garanticen la calidad de la oferta y económicos relacionados con el precio soportados en puntajes. Entre los mencionados factores técnicos es plausible de utilizar el cumplimiento de contratos anteriores, la calidad de los materiales, los procedimientos de construcción aplicables a la obra, entre otros; respecto a los factores económicos se puede utilizar no solamente el precio más bajo, sino que también podría recurrir a otros mecanismos matemáticos que permitan de manera objetiva comparar las*

propuestas, entiéndase como tales la media aritmética, la media geométrica, constituyéndose así fórmulas de carácter financiero con bases serias de estadísticas. Con el objetivo de dar plena aplicación al principio de transparencia, la ley 80 de 1993 en su artículo 24 numeral 7 prescribe que “los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa que igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la aclaratoria de desierto del proceso de escogencia.” (Incivías Ltda. Vs. Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), 2015)

2. Prohibición de incluir en la evaluación criterios de habilitación o de ponderación de carácter formal que no atiendan a la selección de la mejor oferta. La calificación de las ofertas debe hacerse con base en criterios objetivos, de ahí que el puntaje que se asigne para cada caso obedezca a criterios objetivos. Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado que: “(...) es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5o ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes. Como se mencionó ad supra, la actividad de evaluación es actuación reglada en la cual las recomendaciones del comité deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación. Por consiguiente, el informe de evaluación de las ofertas debe ser motivado

con el fin de garantizar el principio de transparencia y de publicidad de la actividad precontractual, como así lo establece el artículo 24 numeral 7 de la ley 80 de 1993.” (Microcom Ltda. Vs. Superintendencia de valores, 2004)

Es así como se logra determinar que las entidades públicas deberán contemplar la consagración de reglas objetivas que permitan en primera medida habilitar a los oferentes para participar de los proceso de selección, y en segunda medida que faciliten la comparación y valoración de las propuestas para que en aplicación del principio de selección objetiva, se logra la selección de la mejor oferta.

4. CONCLUSIONES

Como se ha dicho hasta este punto, compete a las entidades públicas el dar plena aplicación a los principios y reglas que consigo trae el Estatuto General de la Contratación Estatal en lo relativo al actuar contractual. La correcta aplicación de dichos presupuestos normativos conlleva a la efectiva aplicación de los principios de selección objetiva y salvaguarda del interés público.

La confección arbitraria de las condiciones que trae el pliego de condiciones enerva una protuberante contradicción con los postulados normativos, razón por la cual, en sede de control jurisdiccional, es probable que proceda la declaratoria de nulidad del acuerdo contractual que se ha celebrado en contravía de las reglas aplicables para el caso.

Es importante procurar la fijación de criterios objetivos a la hora de establecer las reglas que serán parte del pliego de condiciones, tanto para la habilitación de la ofertas así como para la comparación de las mismas, so pena de que el acuerdo contractual futuro se vicie de nulidad y frustre las expectativas que con el contrato estatal se pretendían, que no son otras que la efectiva satisfacción del interés general.

Los criterios objetivos y reglas para la confección de las condiciones han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y por lo mismo, es el operador administrativo y los oferentes, los primeros llamados a consultar dichos presupuestos jurisprudenciales para evitar un ejercicio arbitrario de la autonomía contractual. Dicho ejercicio resulta un poco complejo en el entendido de que la confección de las condiciones debe respetar reglas de derecho sustantivo, así como los principios que consigo trae la función administrativa y el estatuto general de la contratación estatal.

BIBLIOGRAFÍA:

Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sociedad Cadena Sierra Ltda. Vs. Municipio de Pitalito, 41001233100019950800801 (29661) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Olga Mélida Valle de la Oz 28 de mayo de 2015).

Gonzalez Lopez, E. (2012). *El pliego de condiciones en la contratación estatal: La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Construimos y Asociados Ltda. Vs. Municipio del Carmen de Viboral., 05001-23-31-000-1996-01058-01 (31.821) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Olga Melida Valle de la Oz 13 de mayo de 2015).

Matallana Camacho, E. (2015). *manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Seguridad del Pentágono colombiano Ltda. (SEPECOL LTDA) Vs. Distrito Especial y Portuario de Barranquilla., 08001-23-31-000-1998-02160-01 (58.362) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 27 de noviembre de 2017).

YAMAVALLE LTDA Vs. Municipio de Armenia., 63001-23-32-000-1998-00752-01 (18118) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 24 de marzo de 2011).

Gesta Vivienda Ltda. Vs. Cámara de Representantes, 25000-23-26-000-2002-02240-01 (29.473) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 13 de febrero de 2015).

Davila Vinuesa, L. G. (2017). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.

Cotec Ltda. Vs. Departamento de Boyacá, 15001-23-31-000-1997-17316-01 (27.817) (Consejo de Estado; Sección Tercera; C.P. Enrique Gil Botero 12 de agosto de 2014).

Consorcio Los Robles Vs. Instituto de Recreación y Deporte, 250002326000 200002368 02 (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección A; C.P. Hernán Andrade Rincón. 12 de marzo de 2015).

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 , Sentencia C-300 de 2012 (Corte Constitucional; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 25 de abril de 2012).

Incivías Ltda. Vs. Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), 250002326000199902480 01 (28040) (Consejo de Estado; Sección Tercera; Subsección C; C.P. Olga Melida Valle de la Oz 16 de marzo de 2015).

Microcom Ltda. Vs. Superintendencia de valores, 25000-23-26-000-1995-10784-01(13790)DM (Consejo de Estado; Sección Tercera; C.P. Nora Cecilia Gómez Molina 7 de septiembre de 2004