

Universidad Santo Tomás

Facultad de derecho.

Maestría en derecho contractual público y privado

***Las cláusulas abusivas en los pliegos de condiciones tipo para licitación de obras públicas en
infraestructura de transporte***

Linda Tatiana Sabogal.

Director

César Alberto Correa Martínez

Bogotá D.C, 30 de noviembre de 2021

Las cláusulas abusivas en los pliegos de condiciones tipo para licitación de obras públicas en infraestructura de transporte

Resumen.

La presente tesis tiene como fin identificar si en el documento pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública de transporte existen o no cláusulas abusivas.

Para lograr dicho objetivo, se hace un estudio de las teorías del derecho privado que sustentan la existencia en el ordenamiento jurídico de cláusulas abusivas y su tratamiento, la regulación propia del Estatuto de contratación con los pliegos de condiciones y pliegos tipo. Para partir de allí, tener herramientas para estudiar el pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública y determinar si existen o no este tipo de cláusulas y en qué sentido se configuran como abusivas.

Abstract.

The purpose of this thesis is part of the hypothesis of identifying whether or not there are abusive clauses in the standard document for the tender for public transport work. according to the definition of them made by the theory of abuse of law proper to private law.

To achieve this objective, a study is made of the theories of private law that support the existence in the legal system of abusive clauses and their treatment, the regulation of the Contracting Statute with the specifications and standard specifications. To start from there, have tools to study the type of tender specifications for public works and determine whether or not these types of clauses exist and in what sense they are configured as abusive

.

Palabras clave: Contratos de adhesión, Cláusulas abusivas, Documentos y pliegos tipo de condiciones, Desequilibrio prestacional.

Keywords Adhesion contracts, abusive clauses, documents and standard specifications, performance imbalance

1.

Introducción.

La contratación estatal, es el medio por excelencia mediante el cual el Estado está llamado a cumplir con sus fines, los cuales, grosso modo corresponden a la eficiente y continua prestación de los servicios públicos que requiere su población para la satisfacción de sus necesidades y en ese sentido la maximización del interés y bienestar general. Esto quiere decir que, la contratación estatal no es estática sino por el contrario dinámica, lo que justificó que para la elaboración de los pliegos de condiciones necesarios para realizar un proceso de selección las entidades estatales contaran con discrecionalidad y autonomía para la elaboración de las reglas y condiciones para contratar con privados respondiendo a las necesidades propias del contrato a desarrollar.

Sin embargo, lastimosamente esta facultad en muchas ocasiones, y sobre todo en los procesos de selección para la contratación de obras públicas en donde las cuantías de estos contratos son considerables, fue desviada para extenderla al punto de elaborarse lo que se denominaron “Pliegos sastre” que tenían como fin establecer reglas y condiciones de casi imposible cumplimiento para limitar la libre concurrencia de oferentes a los procesos de selección y que así fueran adjudicados los contratos a un solo proponente acordado previamente. Esto se dio a tal magnitud, que fue necesaria la intervención del Gobierno Nacional en estos procesos de selección, y lo hizo a través de la creación e implementación de los llamados Documentos y pliegos tipo de condiciones.

Así entonces, en Colombia a partir del año 2018 se implementaron estos documentos tipo para llevar a cabo procesos de licitación para obra pública, en donde el Estado estandariza unilateralmente y sin posibilidad de negociación los términos y condiciones en los que se desarrollarán los procesos de selección, así como las condiciones de ejecución del contrato, siendo de carácter obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto de la Contratación. (El Congreso , 2018, pág. Artículo 4)

Lo anterior, realmente es un instrumento novedoso y de ahí surge el interés y la pertinencia de desarrollar la presente investigación, por cuanto, estos reducen el margen de discrecionalidad que las entidades estatales tenían para la elaboración de los pliegos de condiciones para contratar la realización de obras públicas. Y, además en razón a su obligatoriedad, la semejanza que ahora adquieren los tradicionales pliegos de condiciones con los contratos de adhesión.

De manera que, resultando así los documentos y pliegos tipo de condiciones manifestación del imperium o poder del estado y limitación de las facultades con que anteriormente contaban las entidades estatales en sus procesos de selección, es que se plantea el problema jurídico de si es posible ¿Determinar la existencia de estipulaciones abusivas dentro de los pliegos tipo de condiciones, en razón de la contrariedad con la finalidad de las normas propias de la contratación pública? Y, ello es importante por cuanto, pese a su carácter reglamentario la existencia de si quiera una sola cláusula que se considere abusiva, afecta los derechos de los proponentes en los procesos de selección, así como la misma finalidad de la aplicación de estos pliegos tipo de condiciones que no es otra si no garantizar la transparencia, objetividad y eficiencia en la contratación.

En ese sentido, el presente trabajo resulta relevante hoy día, por cuanto, aporta a la discusión sobre la naturaleza de las cláusulas de los pliegos tipo de condiciones, una perspectiva direccionada a la semejanza con los contratos de adhesión, que permite abrir la discusión de si es posible o no encontrarnos cláusulas abusivas en estos documentos.

Para dar respuesta a ese problema jurídico planteado, se fijaron como objetivos a desarrollar: Identificar los elementos legales y jurisprudenciales que permiten afirmar la existencia de estipulaciones abusivas en los pliegos de condiciones y analizar las prerrogativas que toma la administración en materia de licitación de obra pública de transporte para establecer las estipulaciones dentro de estos documentos tipo.

Para ello, el presente documento se estructura y tuvo como metodología de investigación: En primer lugar, estudiar y exponer al lector la noción de cláusula abusiva desde la teoría del abuso del derecho como su gestora y su aplicación en diversos ámbitos del derecho en la actualidad, lo cual, se desarrolla en el Primer Capítulo. En segundo lugar, estudiar y exponer que son los pliegos de condiciones para a partir de allí definir que son los pliegos tipo de condiciones y su regulación bajo el actual Estatuto General de la Contratación, lo cual, se desarrollará en el Segundo Capítulo. Para finalmente, en el tercer capítulo a desarrollar, dedicarse al objeto central de la tesis, e interpretar lo anteriormente estudiado para concluir si existen o no cláusulas abusivas en estos documentos novedosos, así como la explicación del porque en nuestra consideración estas cláusulas constituyen un abuso del derecho pese a haber sido instituidas por el gobierno nacional para mejorar los fines propios de la contratación.

A fin de comprender la noción de cláusulas abusivas, es necesario tomar como punto de partida la teoría del abuso del derecho, que tiene fundamento en las concepciones que en la antigua roma se tenían en relación con el ejercicio de los derechos. En aquella época se consideraba que, quien era titular de un derecho, tenía un poder absoluto sobre el mismo¹, lo cual, en materia contractual, llevó a estructurar el principio del “pacta sunt servanda”²: El contrato es ley para las partes, pues, es producto de la autonomía de la voluntad y ejercicio de derechos por cada una de las partes.

Este ejercicio absoluto de los derechos y su manifestación en los contratos cobró fuerza con la revolución industrial. En esta revolución se produjo una masificación de la producción de bienes y servicios, lo que en consecuencia conllevó a la masificación de los contratos y a la imposibilidad de discutirlos bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Esta situación generó que no en pocos casos se presentaran situaciones de desigualdad jurídica y económica entre las partes, lo cual iba en contravía con la idea del contrato: el bienestar mutuo, dando pie a la aparición de la figura de las cláusulas abusivas en los contratos.

Estas situaciones de abuso de derechos, generó interés en los juristas franceses, quienes plantearon dos posturas en torno al tema, y a partir de allí empezó a forjarse la teoría del abuso del derecho. Por un lado, autores como Planiol y Duguit manifestaron que, si un derecho generaba el menoscabo de otro, aquel se constituía en un ilícito; en cambio autores como Josserand sostenían que no existía ilícito alguno, sino que, si se vulneraba un derecho por el ejercicio de otro, este ejercicio seguía siendo legítimo, pero la vulneración se compensaba con la indemnización de perjuicios resultante de la acción impetrada por quien consideraba su derecho aminorado. (Beltrán Suárez, Estudios de derecho contractual público., 2014, pág. 195)

¹ *qui iure suo utitur neminem laedit* (Quien usa su derecho, a nadie lesiona) <https://dpej.rae.es/lema/qui-iure-suo-utitur-neminem-laedit>.

² “El contrato es ley para las partes.”

Ahora bajo una concepción moderna, explica el autor Beltrán Suarez en su libro Estudios del Derecho Contractual Público, que el ejercicio de los derechos se analiza desde la perspectiva de su finalidad, para afirmar actualmente la teoría del abuso del derecho, que un derecho es justo y legítimo en la medida que cumpla con su función económico – social, señala expresamente

Se trata por tanto de un criterio finalista o teleológico, pues debe observarse si existe conformidad del uso del derecho con su destinación social, finalidad esta que suministra el elemento de comparación para determinar la legitimidad del ejercicio del derecho. (Suárez Beltrán, 2014, pág. 197)

Fue entonces, esta postura finalista o teleológica del ejercicio de los derechos que aportó la teoría del abuso del derecho, lo que nutre el concepto de las cláusulas abusivas, que aparecen en el contexto de la celebración de contratos de adhesión, entendidos como contratos masivos y de cláusulas estandarizadas e impuestas. Y, los cuales, de acuerdo con la doctrina, gozan de las siguientes características:

la imposición por una de las partes de “la ley del contrato”, el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario típico, la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lleva a otro prestar su voluntad sin discutir (Suárez Beltrán, 2014, pág. 201).

Como se observa de estas características, son los contratos de adhesión el tipo de contrato más favorable para la aparición de cláusulas abusivas, en virtud, de la posición dominante contractual que tiene la parte que redacta el contrato unilateralmente y el poco margen de acción que tiene la parte adherente, en contraposición de la celebración de contratos bajo las reglas clásicas del postulado de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, bien debe advertirse que ello no significa que sean contratos en donde la autonomía de la voluntad de una de las partes este completamente anulada, sino que se verá reducida sustancialmente a decidir si contrata o no en esos términos, conservando intacto su derecho a contratar libremente.

Como necesidad de hacerle frente a las situaciones de abuso que se estaban presentando en este tipo de contratos, comienza en el derecho comparado, en la década de los años 60 y

70, a elaborarse el concepto de “protección al consumidor”. Por ejemplo, en el Reino Unido, en 1973 y 1977, se expidieron tres regulaciones en relación con la protección al consumidor denominadas “Consumer protection unfair contract terms”. Para el año 1999, en Reino Unido, con la expedición de “Unfair terms in consumer contract regulations³”, se delimitan los elementos que califican como abusiva una cláusula, siendo estos: el desequilibrio normativo de las prestaciones y cargas entre las partes y la violación al principio de buena fe.

En España por su parte, bajo la expedición de la Ley 7 de 1998 sobre condiciones generales de contratación, se define en el preámbulo por cláusula abusiva, como aquella que contra (...)

las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares (Rey de España , 1998, pág. Preambulo)

Actualmente, las regulaciones que desde los años 60 se dieron en diferentes países de Europa relacionadas con la protección al consumidor, fueron recopiladas y unificadas bajo la Directiva 093 del 2013 de la Unión Europea, la cual define en su artículo tercero, las cláusulas abusivas a partir del desequilibrio normativo del contrato, señalando que son “aquellas que pese a las exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (Consejo de la Unión Europea, 1993, pág. Art 3)

En lo que respecta a Colombia, se puede decir que no existe un régimen jurídico propio de las cláusulas abusivas, pero ello no significa que sea un tema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, porque en diferentes regímenes especiales se ha decantado su tratamiento y definición. Todo lo anterior, a partir del reconocimiento expreso de los principios constitucionales de prohibición de abusar de los derechos propios, buena fe y protección al consumidor, consagrados en los artículos 86, 76 y 95 de la Constitución Política. (El pueblo de Colombia, 1991)

³ “Condiciones abusivas en la normativa de contratos de consumo”

Descendiendo al nivel legal, encontramos el código de comercio, el cual, no define la cláusula abusiva, pero sí regula en el artículo 830 el efecto que, dentro de las relaciones negociales, tiene el abusar de los derechos propios, estableciendo para quien abuse, la obligación de indemnizar los perjuicios que cause. (El Presidente de la República de Colombia , 1971, pág. Art. 830)

De igual manera en la ley 142 de 1994, de servicios públicos domiciliarios, en su artículo 133 se dispone una lista taxativa de cláusulas que se presumen como abusivas por parte de la empresa prestadora del servicio, como por ejemplo aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad de la empresa prestadora, aquellas que condicionen el ejercicio de derechos al consentimiento de la empresa prestadora o aquellas que impongan renunciaciones a derechos, asignando como consecuencia la anulación de las mismas. (El Congreso de Colombia, Ley 142 de 1994, 1994, pág. Art. 133)

Por último, en la ley 1480 de 2011 o estatuto de protección al consumidor, también se contemplan breves referencias a las cláusulas abusivas, en forma de lista taxativa, que considera como abusivo, por ejemplo, aquellas cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden, que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta todo o en parte el objeto contratado o aquellas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el proveedor o productor no cumpla sus obligaciones. Estos casos la ley otorga la ineficacia de pleno derecho como sanción, la cual se puede entender como la cesación de los efectos de la cláusula, sin necesidad de la intervención de un Juez. (El Congreso de Colombia, Ley 1480 de 2011 , 2011, págs. Art 43 numeral 1,5,6).

En nuestra jurisprudencia encontramos referencias a las cláusulas abusivas, como en el caso de la Corte Suprema de Justicia, la cual se ha encargado de identificar sus características, mencionando que

Son arquetípicas: que su negociación no haya sido individual, que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial, buena fe, probidad o lealtad-y que se genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia , 2021)

Para el objetivo de este documento, podemos concluir que una cláusula abusiva es aquella que rompe con la conmutatividad en las prestaciones de las partes, derivado de un comportamiento dominante en el contrato, contrario al postulado de la buena fe.

3. Capítulo II. Pliego y pliego tipo de condiciones: Caracterización.

Antes de referirnos a los pliegos tipo de condiciones en sentido estricto, consideramos necesario abordar primero, la noción de pliegos de condiciones, pues esta es la forma básica de su presentación en los procesos de contratación y antecesora de los pliegos y documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte, sobre los cuales recae nuestro análisis.

Los pliegos de condiciones se constituyen como la médula espinal de los procesos de selección de contratistas, porque contemplan las condiciones básicas tanto del proceso de contratación, como del futuro contrato y tal como lo indica el Consejo de Estado, “(...) constituyen un todo lógico y sistemático, conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad” (Consejo de Estado, Radicado No. 30 161, 2015)

El pliego de condiciones es una invitación formal a contratar con el Estado, dirigida especialmente al sector privado, a toda aquella persona natural o jurídica que presente una oferta. Así entonces se puede manifestar que el pliego de condiciones es la ruta guía del oferente en la elaboración de su propuesta.

En torno a su naturaleza jurídica, los pliegos de condiciones son actos administrativos de carácter general, por cuanto, a través de ellos la entidad pública hace unilateralmente manifiesta su necesidad y voluntad de contratar, una voluntad real y concreta, que tiene por función establecer las reglas y condiciones bajo las cuales se va a desarrollar el proceso de selección que corresponde, así como, los términos bajo los cuales se va a dar la suscripción y desarrollo del contrato estatal una vez se haya escogido la propuesta más favorable para la entidad pública⁴, todo de acuerdo con lo dispuesto por el principio de transparencia consagrado en la Ley 80 de

⁴ Para ahondar más sobre su contenido puede consultarse la regulación dispuesta en el Artículo 25 numeral 5 Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015

1993 (El Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, pág. Art. 24) y el principio de selección objetiva consagrado en la ley 1150 de 2007. 80 de 1993 (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art. 5)

Por su parte el Consejo de Estado se ha encargado de señalar que tienen una doble naturaleza, porque además de ser un acto administrativo, en el momento de la suscripción del contrato el pliego se vuelve parte del clausulado. En este sentido señala el Consejo de Estado:

Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación (Consejo de Estado, Radicado No. 30 161, 2015)⁵

Ahora bien, en lo respecta al tema que nos ocupa, los documentos y pliegos tipo de condiciones, se puede señalar que estos se nutren y estructuran a partir de la definición y características de los pliegos de condiciones normales explicados anteriormente. De manera que, los pliegos *tipo* de condiciones, son igualmente actos administrativos de carácter general, que tienen por función regular y delimitar las reglas bajo los cuales se va a desarrollar el proceso de selección y firma del contrato estatal, pero a diferencia de la elaboración discrecional que cada entidad pública realiza, estos documentos son estandarizados e impuestos por el Gobierno Nacional, vía decreto⁶.

⁵ Reiterado en sentencias Consejo de Estado 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 11324.

⁶ En nuestro caso el decreto 342 de 2019, desarrollado por la Resolución 0045 del 14 de febrero de 2020 de Colombia compra eficiente

Estos documentos, fueron pensados como una vía jurídica a las malas prácticas que se estaban dando en la contratación estatal, precisamente lo que se refiere a la elaboración de los llamados pliegos sastre, que pretendían favorecer a un solo proponente dentro del proceso de selección. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encuentran su génesis en el documento Conpes 3856 de 2016, por medio del cual se establece la estrategia de estandarización de proyectos 2016 – 2018. En este documento se “(...) establece los lineamientos de política para implementar la estrategia de estandarización de proyectos 2016 -2018 con la cual busca mejorar la calidad y eficiencia de la inversión pública (...)” (3856, 2016, pág. 3).

Posteriormente, encontramos la ley 1882 de 2018, en cuya exposición de motivos se evidencia la necesidad de utilizar documentos tipo, y la cual ya expedida, en el artículo cuarto implementó de manera obligatoria la utilización de documentos y pliegos tipo de condiciones para el sector de obra pública y para todas las entidades sometidas al Estatuto de la Contratación. (El Congreso , 2018, pág. Art. 4)

Estos pliegos son impuestos por el Gobierno Nacional vía decreto nacional y en el caso en concreto, es decir, pliegos tipo para infraestructura de transporte – licitación pública, a través del decreto 342 de 2019. (El presidente de la República de Colombia, 2019 , pág. Art. 1)

El artículo cuarto en mención fue modificado por la ley 2022 de 2020, cambiando la titularidad en la elaboración de los pliegos, del gobierno nacional hacia la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, entidad rectora de la contratación pública nacional (El Congreso de la República , 2020, pág. Art. 1). La cual, en el año de 2019, expide la Resolución 1798 de 2019 “Por la cual se desarrollan e implementan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte” mediante la publicación de la estructura de documentos que conforman los pliegos tipo de condiciones (El Director General de Colombia Compra Eficiente , Resolución 1798 de 2019, 2019, pág. Art. 1). Esta resolución fue derogada en el año 2020, por la resolución 045 de la misma entidad, que, actualizó la lista de documentos que conforman los pliegos tipo de condiciones (El Director General de Colombia Compra Eficiente , Resolución 045 de 2020 , 2020, pág. Art. 1)

Como se observa, es la Ley la encargada de determinar cuál es el contenido de los pliegos tipo de condiciones para los procesos de licitación de obra pública de transporte, y de ahí no se pueden apartar las entidades públicas que quieran contratar este tipo de servicio. Por ende, se puede concluir que estos pliegos tipo, al compartir la naturaleza y característica de los pliegos de condiciones “normales”, hacen parte del contrato estatal, pero uno con características propias de un contrato de adhesión, pues se reúnen los requisitos propios de este tipo de contrato, siendo estos: la imposición de un formato contractual cuyo contenido es determinado unilateralmente por una de las partes y la reducción sustancial de los espacios de negociación entre las partes, de acuerdo con lo ya estudiado. Así lo refleja el artículo primero de la ley 2022, es decir, que se “(...) adoptarán documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al estatuto de general de la contratación de la administración pública” (Congreso de Colombia , 2020, pág. Artículo 1). Y, al compartir la naturaleza de contrato de adhesión, conforme a lo expuesto en el primer capítulo de este escrito, es viable que se pueda analizar la posible existencia o no de cláusulas abusivas.

Capítulo III. Las cláusulas abusivas en los documentos y pliegos tipo de condiciones.

El presente capítulo se desarrolla con fundamento en la lectura y estudio del **DOCUMENTO BASE** del pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública de transporte (Gobierno Nacional). Y, del cual, es necesario partir de la premisa de que el pliego tipo se encuentra bien elaborado, pues se logra observar el esfuerzo que hacen estos documentos por apegarse fielmente a los parámetros legales que delimitan el contenido propio de un pliego de condiciones. Al fin de cuentas, como se mencionó, estos se crearon e implementaron como una respuesta a la estipulación de cláusulas abusivas por parte de las entidades estatales, que, en desvío de las disposiciones legales, ponga cargas desproporcionadas al contratista, ventajas excesivas para la entidad o que solo favorezca a un solo proponente para que sea este quien obtenga la adjudicación del contrato en desconocimiento del principio de selección objetiva. (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art. 5)

Pese a lo anterior, mal se haría en afirmar tajantemente que los documentos y pliegos tipo de condiciones son perfectos en su totalidad, pues, de la revisión detallada y minuciosa del documento, vamos a destacar algunas cláusulas que se consideran como abusivas por cuanto

contrarían las fuentes legales que delimitan y encauzan el contenido de los pliegos de condiciones a saber en nuestro ordenamiento jurídico:

- i) Artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, que bajo el enfoque del principio de transparencia establece que los pliegos de condiciones deben contener reglas claras, justas y objetivas (El Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, pág. Art. 24)
- ii) Los principios que rigen el ejercicio de la contratación pública en Colombia, específicamente aquellos que se refieren al principio de transparencia desarrollado por el mencionado artículo 24, el principio de economía, el principio del equilibrio económico del contrato (El Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, págs. Art. 24, 25, 27), selección objetiva y el principio de subsanabilidad según el cual no se puede rechazar a un proponente ni su propuesta, sino solo por aspectos que otorguen puntaje o cuando, no se cumpla con lo denominado por el Consejo de Estado, como elementos esenciales del pliego de condiciones, es decir: i) Capacidad (jurídica, financiera y organizacional) ii) Experiencia iii) Aspectos técnicos y iv) Aspectos económicos. (Congreso de la Republica , 2007, págs. Art. 5, 6).

Así entonces, tomando como referencia las fuentes normativas señaladas, se destacan como cláusulas abusivas dentro del pliego de condiciones, las siguientes:

3.1 Conflicto de intereses

Por conflicto de intereses, puede definirse: El encuentro de dos intereses contrapuestos, uno público y uno privado en el ejercicio de una función pública, que hace que se vea en riesgo el rasgo de objetividad e imparcialidad propio del servidor público

De acuerdo con la *La Guía de administración pública: Conflicto de interés de servidores públicos*, del Departamento administrativo de la función pública, la importancia de regular este tema radica en impedir que el funcionario o servidor público traspase los límites del ejercicio legítimo de la función administrativa para su provecho personal y afecte con ello la prevalencia del interés general. (Pública, pág. 10). E igualmente, en ese sentido lo ha definido el Departamento Administrativo de la Función pública en concepto 145221 de 2016, citando a su

vez un concepto del 28 de abril de 2004 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado con ponencia del magistrado Flavio Rodríguez Arce:

En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

Reconociendo específicamente que la finalidad de esta figura es impedir que prevalezca el interés privado sobre los intereses públicos para así obtener provechos indebidos. (Departamento Administrativo para la Función Pública, 2016)

Por su parte, la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia compra eficiente, define por conflicto de interés:

El Conflicto de Intereses se puede definir como la situación en la cual los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes. Una situación de conflicto de interés se presenta cuando existe un conjunto de circunstancias que generan el riesgo de que la habilidad de un individuo para aplicar su juicio sea afectada o influenciada por un interés secundario. Ese riesgo se presenta cuando un individuo u organización puede explotar su profesión o posición para beneficio personal o de sus allegados. Para los efectos de este trabajo conflicto de intereses es la situación en la cual un agente público tiene un interés privado que influencia o aparentemente influenciará el desarrollo imparcial y objetivo de sus deberes oficiales (Eficiente, Conflicto de intereses en el sistema de compra pública, pág. 1)

Explicando posteriormente que, el conflicto de interés se valora desde el riesgo más no necesariamente desde el despliegue de una actuación por parte del servidor público que haya afectado su imparcialidad. Así entonces refiere:

Esa definición nos permite advertir que el conflicto de interés se genera no solo cuando existe una actuación, sino también cuando hay un riesgo de que la objetividad del funcionario sea perjudicada sin importar si el agente obtenga beneficio o no. (Eficiente, Conflicto de intereses en el sistema de compra pública, pág. 2)

En cuanto a su regulación normativa en Colombia, pese a ser un tema trascendental, se observa que no es muy amplia, pues, del estudio de nuestro ordenamiento jurídico encontramos mención

expresa a este tema básicamente en dos normativas, las cuales encuentran sustento constitucional en el artículo 122, que dispone que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (El pueblo de Colombia, 1991, pág. Artículo 122) , así como, el artículo 209, el cual consagra los principios que rigen la función administrativa, entre los cuales se destaca el principio de igualdad e imparcialidad. (El pueblo de Colombia, 1991, pág. Artículo 209)

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, como primera normativa que regula el tema, define expresamente el conflicto de interés como la contradicción entre el interés general propio de la función pública, con el interés particular y directo del servidor público en su actuación. Este conflicto de interés se hace extensivo al cónyuge y a los familiares del servidor público, hasta el segundo grado de afinidad o primero civil. (El Congreso de Colombia, Ley 734 de 2002 , 2002, pág. Artículo 40)

La segunda norma que encontramos es el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 o Código Administrativo y de lo contencioso administrativo, CPACA, que de igual manera define el conflicto de interés como la contradicción entre el interés general propio de la función pública y el interés particular del servidor público (El Congreso de Colombia , Ley 1437 de 2011, pág. Artículo 11), pero que a diferencia del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, trae una lista taxativa de una serie de situaciones que se predicen como conflicto de interés. Por ejemplo, el numeral tercero que se refiere al impedimento que tiene el servidor público o alguno de sus parientes por ser tutor o curador de la persona interesada en el asunto y, el numeral decimo que se refiere al impedimento que tiene el servidor público o alguno de sus parientes por ser socio de alguna persona interesada en el asunto, entre otros. (El Congreso de Colombia , Ley 1437 de 2011, págs. Art. 11, num 3 y 10)

Por parte de la jurisprudencia, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2011, ha delimitado las características que tiene el conflicto de interés, en los siguientes términos:

Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto **debe ser directo**, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma **inmediata**, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un **beneficio especial, particular y concreto** en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además **no se manifieste el impedimento** por esa situación personal o

familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas⁷. (Consejo de Estado , Radicado 25000-23-15-000-2010-001610-01, 2011)

En relación con el objeto de estudio, una vez establecida la noción de conflicto de interés y sus características, encontramos en los pliegos tipo para licitación de obra pública de transporte, el numeral 1.14 denominado “conflicto de interés de origen constitucional o legal”, el cual indica que,

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 (Gobierno Nacional , pág. 4)

De igual manera encontramos en este pliego tipo el conflicto de interés como causal de rechazo en el numeral 1.15 literal I), en los siguientes términos: “Que el proponente se encuentre inmerso en un conflicto de interés previsto en una norma de rango constitucional o legal o en la causal prevista en el numeral 1.14 del pliego de condiciones.” (Gobierno Nacional , pág. 11)

De acuerdo con estas disposiciones del pliego tipo, y de lo explicado anteriormente en relación con el conflicto de interés, consideramos que estas dos estipulaciones resultan abusivas, por cuanto, la institución del conflicto de interés se predica de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas mas no de los privados que simplemente presenten una propuesta dentro de un proceso de contratación. Prueba de lo anterior, lo encontramos en los artículos mencionados que solo se refieren a estas dos clases de sujetos, por cuanto, son quienes tienen a su cargo la función administrativa, que se traduce en la salvaguarda de un interés público sobre un eventual interés privado que estos dos sujetos podrían tener sobre el mismo aspecto o negocio jurídico que se encuentren resolviendo.

⁷ .: Lo cual ha sido reiterado en la sentencia con Radicación núm.: 440012331000200400684 01 del 27 de enero de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo De Estado, con ponencia del consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta,

En ese sentido, lo ha reconocido inclusive Colombia Compra Eficiente cuando en su documento “*Conflicto de intereses en el sistema de compra pública*”, refiere:

Es especialmente relevante actuar frente al Conflicto de Intereses en la compra pública, pues es allí donde los **agentes públicos** se relacionan directamente con el sector privado y donde pueden resultar beneficiados por sus decisiones, afectando en buena medida la materialización de políticas públicas y objetivos misionales que deben cumplir las entidades del Estado, y con esto también se afecta el uso eficiente de los recursos públicos. (Eficiente, Conflicto de intereses en el sistema de compra pública, pág. 8) (negrilla y subrayado por fuera del texto)

En cambio, el privado que se encuentra presentando una propuesta dentro de un proceso de contratación, como en el presente caso, no se encuentra ejerciendo una función administrativa y si bien es un colaborador de la administración en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 (El Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, pág. Art. 3), lo que está buscando es cumplir con el contrato para de esta forma obtener un rédito de carácter particular, es decir, su utilidad.

Ahora bien, en gracia de discusión, es decir, que el régimen del conflicto de interés se pudiera aplicar a los particulares, no obstante, la cláusula continuaría siendo abusiva, por cuanto, tal como se puede ver en el numeral 1.1.4 del pliego de condiciones tipo y su causal de rechazo, no se establece ningún mecanismo de impedimento o recusación, garantizando el debido proceso que permita resolver si verdaderamente existe conflicto de interés o no.

3.2 Precios unitarios superiores a los establecidos por la entidad, como causal de rechazo.

Las causales de rechazo en materia de contratación pública en Colombia están estructuradas alrededor del principio de subsanabilidad. En el marco legal, el principio de subsanabilidad se encuentra expreso bajo las disposiciones del artículo 5 parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, que dispuso que la ausencia de requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de propuestas no será “título suficiente” para el rechazo de las mismas (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art 1 paragrafo 5). De acuerdo con la doctrina, este artículo tiene una peculiaridad y fue “que introdujo la regla de subsanabilidad, con el vocablo en consecuencia, para referirse a que, en adelante, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectaren la

asignación de puntaje serían susceptibles de ser saneados hasta el momento de la adjudicación.” (Rodríguez, 2019)

Este artículo 5, fue modificado posteriormente por la Ley 1882 de 2018, que mantiene la regla de subsanabilidad anteriormente expuesta, pero especifica el deber de la entidad para hacer el requerimiento al oferente que le haga falta algún requisito que no otorgue puntaje, y, el plazo determinado para que el oferente subsane su propuesta: hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda. (Ley 1882 de 2018 , 2018, pág. Art 5)

De las anteriores normativas, se afirma que la interpretación de las causales de rechazo de la oferta es restrictiva ,pues, es la ley la encargada de determinar qué situaciones específicamente tienen la entidad para dar lugar al rechazo de una oferta y cuales no, lo cual, en el caso de Colombia se restringe únicamente a aspectos técnicos y económicos, como por ejemplo, que el oferente no cuente con la capacidad técnica, organizacional o financiera requerida, o que por ejemplo, desde un aspecto económico exista una imposibilidad de contratar con aquel oferente, por cuanto el valor total de su oferta sea mayor a la capacidad financiera que tiene prevista la entidad para la realización de esa obra. Deberá ser entonces, una situación con real relevancia y suficiencia para rechazar la oferta de un proponente

Y ello es así, pues, en aras de lograr una selección objetiva se busca que el proceso de selección garantice la libre iniciativa, libre competencia y así la mayor concurrencia de particulares. Frente a ello, ha dicho el Consejo de Estado:

Por ello, la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca (...) (Consejo de Estado., 2007)

Y, en cuanto al derecho de libre concurrencia, señalo:

La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber

de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atenta contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. (Consejo de Estado., 2007)

Con ello, es claro que este principio de subsanabilidad tiene un fundamento económico, el cual está consagrado en el artículo 333 de la Constitución política que dispone que

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (El pueblo de Colombia, 1991, pág. Art 333)

En cuanto al análisis que nos ocupa, dispone el numeral 1.15 de **CAUSALES DE RECHAZO**, literal Q) del pliego tipo de condiciones, en relación con los precios unitarios que:

Causales de rechazo

Son causales de rechazo de las propuestas las siguientes [Las entidades no podrán incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

(...)

Q) Superar el valor unitario de alguno o algunos de los siguientes ítems ofrecidos con respecto al valor establecido para cada ítem del presupuesto oficial (Gobierno Nacional , pág. 11)

Numeral el cual, al hacer referencia expresa a una causal de rechazo dentro del pliego tipo de condiciones analizado, como se vio, exige la necesidad de ser estudiado a partir del principio de subsanabilidad, y, a la luz del cual esta cláusula resulta ser abusiva, por las siguientes razones:

El presupuesto oficial de la obra, así como los precios unitarios por *item* que se presentan en cada oferta se rige bajo el sistema de precios del mercado, lo que restringe la posibilidad de que sea la entidad quien fije unilateralmente el precio de los bienes que va a contratar, pues los mismos se

determinan a partir de las dinámicas de la oferta y la demanda. Es por ello, que lo que define la entidad es el presupuesto oficial de la obra, total, que sirve como una guía para el oferente respecto del presupuesto total disponible con que cuenta la entidad para contratar, y, dentro del cual tendrá libertad el oferente de estructurar su propuesta económica. En el caso, de que el oferente decida presentar un valor total de su oferta mayor al presupuesto oficial disponible para la obra, se genera como efecto la imposibilidad económica de contratar con ese oferente, pues por lógica económica no podrá escoger la entidad una propuesta que supere la cantidad de dinero disponible que tiene para contratar, pues sencillamente no tendrá con que pagarle.

La causal de rechazo prevista en el numeral 1.15 del pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública de transporte, es abusiva, pues rechaza *a priori* al proponente a partir de los precios unitarios que conforman su oferta más no de la evaluación del valor total de la oferta, que es lo que realmente interesa para efectos de determinar la viabilidad económica de la misma. Mas aun, cuando la variación de un precio unitario en el mercado puede ser por diversos factores que no siempre apuntan a que dicha oferta no sea la más favorable, sino, por ejemplo, porque quien ofreció un precio unitario mayor del determinado por la entidad lo hace porque está ofreciendo unos materiales de mayor calidad, que, al no superar el valor total disponible para la obra, será mucho más favorable para la entidad de contratar. O, por ejemplo, el costo de obtención de dicho *item* para cada oferente, pues, para quien le costó más trabajo adquirir el ítem necesario para la obra, lo ofertará a un precio mayor al que lo ofertara quien ya contaba, por ejemplo, con ese material de obra dentro de su inventario de la empresa y no tuvo que incurrir en gastos para conseguirlo. Así entonces, debe valorarse que, al estar sometido el sistema de precios en la contratación pública a las reglas del mercado, el precio unitario de un bien puede ser muy relativo y la determinación de este hará parte de la libre iniciativa que tiene cada proponente para la elaboración de su oferta.

De acuerdo con todo lo anterior, a modo de conclusión, el rechazarse tajantemente una propuesta por la única valoración de los precios unitarios ofertados, vulnera la libre iniciativa del oferente al momento de elaborar su propuesta limitando el precio que puede cotizar y ofrecer, y, la libre competencia y el principio de subsanabilidad, al rechazar una oferta que realmente no generaría una imposibilidad técnica o económica para la entidad al respetar el presupuesto oficial de la misma, inclusive si los precios unitarios son mayores a los sugeridos por la entidad. De manera

que, debe optarse por una lectura cuidadosa de los precios unitarios mayores al presupuesto oficial de la obra como causal de rechazo, pues como se mencionó, lo que realmente tiene un impacto económico negativo para la entidad es que el valor total de la oferta sea mayor al presupuesto disponible de la entidad para contratar.

3.3 Cláusulas abusivas en relación con el registro único de proponentes.

El RUP o Registro Único de Proponentes es el documento, por medio del cual la entidad pública puede conocer al proponente o futuro contratista, pues a través de este, el proponente registra y consigna la información relacionada con: Capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y organizacional, así como la información del proponente respecto de sus multas, sanciones e inhabilidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art. 6) y los artículos Artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 (Decreto 1082 de 2015 , pág. Art. 2.2.1.1.1.5.3) . Es por ello, que se estructura como un deber legal para quien este interesado en participar en un proceso de selección, conforme indica expresamente el artículo 6 de la Ley 1150 de 2018.

De acuerdo con la Cámara de Comercio de Bogotá, el RUP es:

Es un registro de creación legal en el cual se deben inscribir todas las personas naturales o jurídicas nacionales y las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con entidades estatales. En el RUP reposa la información relacionada con la experiencia probable, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente. Los proponentes estarán clasificados de acuerdo con los contratos que aspiren a celebrar con el Estado. (Cámara de Comercio de Bogotá, Preguntas frecuentes, s.f.)

En cuanto a su finalidad, ha dicho la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-1016 de 2012 que:

El RUP fue concebido por el legislador para (i) unificar la reglamentación y la información de todos los registros de proponentes, (ii) simplificar la tarea de los contratistas en sus trámites respecto de la administración, haciendo que con la sola inscripción en la Cámara de

Comercio del domicilio del proponente el interesado quede válidamente registrado ante todas las entidades del país, y (iii) dar transparencia al proceso de inscripción en el registro. (Corte Constitucional de Colombia)

Frente a sus efectos, el Decreto 1082 de 2015 o Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación artículo 2.2.1.1.1.5.1, dispone que sobre este documento recaen diversos actos: (Decreto 1082 de 2015 , pág. Art. 2.2.1.1.1.5.1)

En primer lugar, la *Inscripción*, que será el acto de primer reporte de información de aquella persona natural, jurídica, nacional o extranjera que esté interesada en participar en procesos de contratación ante la Cámara de comercio a través de un formulario único dispuesto para ello. Una vez recibida la información, tiene la Cámara de Comercio la función de verificar que la información consignada por el proponente sea verdadera y se encuentre debidamente soportada en los anexos que entrega, para así, proceder a inscribirlo y publicar este registro en el RUES, con el fin de que por el término de 10 días quien esté interesado pueda impugnar la información allí consignada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 221 del Decreto 0019 de 2012. De no impugnarse, posterior a estos 10 días el registro cobra firmeza. (El presidente de la Republica , 2012, pág. Art 221)

Una vez en firme el registro, el mismo tendrá un periodo de vigencia de un año, de manera que, el segundo acto que recae sobre el RUP será su *renovación*, lo cual, es un deber que tiene cada proponente de realizar cada anualidad, específicamente a más tardar el quinto día hábil del mes de abril, y lo cual, consiste en el pago de unos derechos para extender la vigencia del registro por un año más. De no radicar la información para renovar el registro antes de este periodo indicado, el registro que se pretendía renovar cesa sus efectos, es decir, deja de tener eficacia y será como si ese proponente nunca se hubiese registrado, de manera que, le tocará iniciar nuevamente un nuevo proceso de inscripción.

Adicional a estos dos actos, tiene la facultad cada proponente de *actualizar o cancelar* dicha inscripción, lo cual, podrá hacer en cualquier momento. Por medio de la actualización el proponente que se encuentra efectivamente inscrito podrá modificar o suprimir la información actual de su RUP, y, la cancelación como su nombre lo indica, tiene como finalidad cesar la inscripción vigente que el proponente tiene ante la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Ahora bien, en relación con este Registro Único de Proponentes el pliego tipo de condiciones para la licitación de obra pública de transporte que se está analizando, dispone como causal de rechazo, en su numeral 1.15 lo siguiente:

1.15 CAUSALES DE RECHAZO

Son causales de rechazo de las propuestas las siguientes [Las entidades no podrán incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

(...)

F. Que la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) que realice el proponente, por primera vez o cuando han cesado los efectos y debe volver a inscribirse, no esté en firme en la fecha prevista para el cierre del proceso de contratación. (Gobierno Nacional , pág. 11)

Lo anterior, a nuestra consideración resulta abusivo, por cuanto, al tratarse el Registro Único de Proponentes del documento oficial por medio del cual la entidad verificará los requisitos habilitantes de cada proponente, este debe sujetarse a las reglas propias del principio de subsanabilidad consagrado en el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, que dispone expresamente:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.

(...)

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.** En consecuencia, **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación** que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos

proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal **hasta el plazo anteriormente señalado.** (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art 5)

Como se observa, es enfática la ley en exigir que todo aquello que no asigne puntaje, como en este caso es las condiciones que se verifican a través del RUP, debe permitir subsanarse hasta el traslado del informe de evaluación. Y, en ese sentido lo ha reconocido la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, cuando en su Circular Única dispone: “El proponente puede acreditar la firmeza del RUP dentro del término de traslado del informe de evaluación, salvo para lo previsto en el proceso de selección a través del sistema de subasta” (Eficiente, Circular Externa Única , 2019, pág. 38)

De manera que, la exigencia de estar en firme el RUP debe extenderse hasta el plazo del traslado del informe de evaluación y no al momento del cierre del proceso. Más aún, cuando con la verificación documental e inscripción que realiza la Cámara de Comercio, el registro cobra vigencia, faltando únicamente para la firmeza de este que transcurran los 10 días que la ley dispone para ello. Así entonces, no debe confundirse los efectos de la vigencia con la firmeza del acto, pues bien ha sido enfática el Consejo de Estado en explicar frente al RUP y su valoración dentro de los procesos de selección que:

Así las cosas, se debe distinguir la vigencia de la inscripción en el Registro Único de proponentes, de su firmeza, pues la primera se genera con la publicación del acto de inscripción, entretanto la segunda se presenta transcurridos 10 días desde la publicación del acto de inscripción o una vez resueltas las impugnaciones que se lleguen a presentar. **Luego, la firmeza del acto de inscripción en el Registro Único de Proponentes no podía ser exigido como un requisito que debía ser cumplido a la fecha del cierre del proceso de selección.** En consecuencia, las reglas contenidas en el capítulo VI del pliego de condiciones que exigían que la inscripción en el Registro Único de Proponentes estuviera en firme al momento del cierre del proceso de selección, resultan contrarias a las normas en que debían fundarse. Las razones de seguridad jurídica alegadas por la entidad demandada no son admisibles y con base en ellas no se puede impedir la participación de un proponente en un proceso de selección. Mientras la inscripción no sea cancelada surte efectos legales y el inscrito tiene derecho a participar en el proceso de selección. (Consejo de Estado S.)

Cuando el pliego tipo dice que esa firmeza se debe dar al momento del cierre, se están reduciendo ostensiblemente los tiempos para la acreditación de requisitos necesarios para participar en el proceso, y lo más grave, para valorar la propuesta, que por ende derivaría en el rechazo de esta. De manera que, el pliego tipo de condiciones analizado no está tomando en cuenta la etapa comprendida entre el cierre del proceso y el traslado del informe, que es la etapa de evaluación y calificación de la oferta, dentro de la cual podría transcurrir los 10 días necesarias para que el RUP quede en firme antes del traslado del informe de evaluación, sin que ello afecte la calificación y evaluación del proponente, pues como se puso de presente el RUP se encuentra vigente desde el momento en que la Cámara de Comercio hace efectiva la inscripción posterior a las verificaciones del caso. Lo anterior, reconocido por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, cuando dispone:

El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro. (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art 6)

Y, frente a lo cual en igual sentido se ha pronunciado la Cámara de Comercio en su guía “ABC del RUP – Registro único de proponentes” cuando reconoce expresamente que es la Cámara de Comercio la encargada de hacer la verificación de la documentación allegada para que la entidad únicamente se limite a hacer una evaluación técnica de las propuestas:

La Ley 1150 de 2007, por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal, establece como principio la selección objetiva en la contratación, tomando como punto de partida para participar en el proceso de selección la verificación documental de los requisitos habilitantes del contratista, tales como la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y de organización, esta verificación será efectuada por las cámaras de comercio mediante el cotejo de los documentos que acredite el proponente, de

manera que la entidad estatal se limite a hacer la evaluación técnica de las propuestas.
(Cámara de Comercio de Bogotá , ABC del RUP - Registro Unico de Proponentes, pág. 3)

En conclusión, es por lo anterior que la causal de rechazo del pliego tipo de condiciones por no tener el oferente en firme el RUP al momento del cierre del proceso de selección, resulta abusiva pues, , si decidió la Cámara de Comercio proceder a realizar el registro de aquella persona que lo solicita, es porque el cotejo de la información y documentación es correcto, y en ese sentido puede la entidad evaluar la propuesta sin necesidad que el acto este en firme para el momento del cierre del proceso de selección. Permitiendo con ello, que durante la etapa de evaluación y calificación y hasta el momento del traslado del informe de evaluación, puedan transcurrir los 10 días faltantes para la firmeza del acto, momento en el cual si resulta lógico se exija la firmeza del RUP para efectos de la adjudicación del contrato.

De manera que limitarlo al momento del cierre del proceso de selección vulnera los derechos de participación del proponente, por cuanto, lo correcto al tenor de la Circular Única de Colombia Compra Eficiente sobre la firmeza del RUP, la jurisprudencia, y el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, es que la firmeza puede acreditarse hasta el término de traslado del informe de evaluación (Congreso de la Republica , 2007, pág. Art 5)

Conclusiones

Partiendo de la premisa que la hipótesis sobre la cual se estructuro la presente tesis, era determinar si efectivamente existían cláusulas abusivas o no dentro del pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública de transporte, se concluye que efectivamente se lograron identificar unas cláusulas que estudiadas a la luz del Estatuto de la Contratación, de sus principios y de las normas especiales que regulan cada uno de los temas, resultan abusivas para el proponente al desconocer las disposiciones del ordenamiento jurídico estudiado y por ende afectar sus derechos dentro del proceso de selección.

Sin embargo, contrario a lo que de pronto se esperaba en un primer momento, no es el carácter de abusivo la regla general del pliego tipo de condiciones analizado. Por el contrario, se reconoce que en la generalidad es un documento que se encuentra bien elaborado y que en principio cumpliría los fines para lo cual fue creado, que es evitar la elaboración de pliegos sastre para la licitación de contratos tan importantes como lo son los de obra pública, y así lograr seguridad jurídica y la materialización de los principios de selección objetiva.

Pese a ello, si se considera que el ejercicio realizado en esta tesis era necesario frente a un documento tan novedoso para el sistema de contratación pública, pues, pone de presente así sea de una forma académica, aspectos que resultan importantes ser valorados al momento de llevar a cabo estos procesos de selección, pues la abusividad de una cláusula, implica el desconocimiento de un derecho para el proponente y en ese sentido se aleja de la materialización de una selección objetiva al limitar abusivamente de cualquiera de las formas acá explicadas el derecho de participación de los proponentes.

Bibliografía

- 1437, L. (2011). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#11
- 3856, C. (25 de Abril de 2016). Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3856.pdf>
- 734, L. (2002). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr001.html#40
- Cámara de Comercio de Bogotá . (s.f.). *ABC del RUP - Registro Unico de Proponentes*. Obtenido de https://www.cccucuta.org.co/uploads_descarga/desc_053ef0537509cbb561f3ea712aade499.pdf
- Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). *Preguntas frecuentes*. Obtenido de <https://www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Registros-Publicos/Que-es-el-Registro-Unico-de-Proponentes-RUP>
- Congreso de Colombia . (22 de 07 de 2020). *Ley 2022 de 2020*. Obtenido de Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 : <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202022%20DEL%2022%20DE%20JULIO%20DE%202020.pdf>
- Congreso de la Republica . (16 de 07 de 2007). *Ley 1150 de 2007*. Obtenido de Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Consejo de Estado . (17 de 05 de 2011). *Radicado 25000-23-15-000-2010-001610-01*. Obtenido de Magistrado Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta .
- Consejo de Estado. (2015). *Radicado No. 30 161*. Obtenido de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: <https://vlex.com.co/vid/692978717>
- Consejo de Estado, S. (s.f.). *Sentencia del 02 de junio de 2021 Radicado 60796*. Obtenido de Consejero Ponente MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ.
- Consejo de Estado., S. (3 de Diciembre de 2007). *Sentencia Radicado (24.715), (25.206), (25.409)*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=28910>
- Consejo de la Unión Europea. (6 de 12 de 1993). *Directiva 93/109/CE*. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0109&from=ES>

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Sentencia C-1016 de 2012*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-1016-12.htm>

Corte Suprema de Justicia . (25 de 08 de 2021). *Sentencia del 25 de agosto de 2021*. Obtenido de Radicación No. 19142-31-89-001-2013-00032-01. SC3689-2021. .

Cortés, F. G. (2012). *El Precio* .

Decreto 1082 de 2015 . (s.f.). *POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL*". Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/normativas/decreto-%C3%BAnico-reglamentario-1082-de-26-de-mayo-2015>

Departamento Administrativo para la Función Públic. (08 de 07 de 2016). *Concepto 145221*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75093>

Eficiente, C. C. (s.f.). Obtenido de <https://colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/preguntas-frecuentes>

Eficiente, C. C. (16 de 04 de 2019). *Circular Externa Única* . Obtenido de https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

Eficiente, C. C. (s.f.). *Conflicto de intereses en el sistema de compra pública*. Obtenido de https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/conflicto_de_intereses.pdf

El Congreso , D. (15 de enero de 2018). *Ley 1882 de 2018* . Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>

El Congreso de Colombia . (s.f.). *Ley 1437 de 2011*. Obtenido de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

El Congreso de Colombia. (11 de 07 de 1994). *Ley 142 de 1994*. Obtenido de Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html

El Congreso de Colombia. (13 de 02 de 2002). *Ley 734 de 2002* . Obtenido de Código Disciplinario Único : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html#LIBRO%20I

El Congreso de Colombia. (12 de 10 de 2011). *Ley 1480 de 2011* . Obtenido de Estatuto del Consumidor : https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042017/Ley_1480_Estatuto_Consumidor_2.pdf

- El Congreso de Colombia. (s.f.). *Ley 80 de 1993*. Obtenido de Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- El Congreso de Colombia. (s.f.). *Ley 80 de 1993*. Obtenido de Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- El Congreso de la República . (22 de 07 de 2020). *Ley 2022 de 2020*. Obtenido de Por la cual se modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 :
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202022%20DEL%2022%20DE%20JULIO%20DE%202020.pdf>
- El Director General de Colombia Compra Eficiente . (01 de 04 de 2019). *Resolución 1798 de 2019*. Obtenido de Por la cual se desarrollan e implementan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte:
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=90622>
- El Director General de Colombia Compra Eficiente . (14 de 02 de 2020). *Resolución 045 de 2020* . Obtenido de Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 1798 de 2019:
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=94867&dt=S>
- El presidente de la Republica . (12 de 01 de 2012). *Decreto 19 de 2012* . Obtenido de Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública :
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45322>
- El Presidente de la República de Colombia . (16 de 06 de 1971). *Decreto 410 de 1971* . Obtenido de Por el cual se expide el Código de Comercio :
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html#1
- El presidente de la República de Colombia. (05 de 03 de 2019). *Decreto 342 de 2019* . Obtenido de Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90750>
- El pueblo de Colombia. (20 de 07 de 1991). *Constitución Política de la República de Colombia* . Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Gobierno Nacional . (s.f.). *Documento y pliego tipo de condiciones para licitación de obra pública de infraestructura de transporte*. Obtenido de Versión 6.
- Ley 1882 de 2018 . (15 de 01 de 2018). *Por la cual se adicionan, modifican y dictan otras disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia*. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

- Pública, D. A. (s.f.). *Guia de la Administración Pública: Conflicto de interés de servidores públicos*. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1525712072_3a81e8f4a6052bcbff4f90ca61f6de90.pdf
- Rey de España , J. (13 de 04 de 1998). *Ley 7 de 1998* . Obtenido de Sobre condiciones generales de la contratación : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>
- Rodriguez, A. C. (2019). *Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas*. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5707/7536>
- Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual público Primera* . Bogotá : Legis.
- Tercera, C. d. (s.f.). *Sentencia del 03 de diciembre de 2007. Radicado (24.715), (25.206), (25.409), (24.524)*.