

**EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LAS MODALIDADES DE  
SELECCIÓN DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS.**

**DIANA KATHERINE HERNÁNDEZ SIERRA  
ANGIE GERALDINE HERRERA ROJAS**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
BUCARAMANGA**

**2014**

**EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LAS MODALIDADES DE  
SELECCIÓN DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS.**

**DIANA KATHERINE HERNÁNDEZ SIERRA  
ANGIE GERALDINE HERRERA ROJAS**

**Trabajo de grado para optar el título de  
Abogado**

**Director  
Mario Barragán Pachón  
Mg. En Hermenéutica Jurídica y Derecho**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
BUCARAMANGA**

**2014**

## DEDICATORIA

A mis padres Ana Belcy y Luis Alberto, sin ellos nada de esto sería posible.

A mis hermanos Antonio, Claudia, Freddy, Andrea y Jessika, por sus enseñanzas de vida, por su ejemplo y apoyo durante estos 5 años de estudio.

A mis amigos y compañeros de estudio, especialmente a Ana María Escobar y Nathalia Sánchez por el ánimo, risas y buenos momentos brindados.

A mi amigo, docente y director Mario Barragán.

*Angie H.*

A mis padres Elcida y Jesús, por su esfuerzo incansable y confianza permanente.

A mi familia y amigos quienes directa o indirectamente aportaron en la consecución de este logro y nutrieron esta época de maravillosos recuerdos.

A mi compañera de tesis Angie, por su grandísima contribución en este proyecto.

A ti, Mario por ser mi felicidad

*“...siguió latiendo con un sonido ahogado,  
y fue cayendo fuego de mis labios”<sup>S.E.D.M.</sup>*

*Diana.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos de manera especial a nuestro director Mg. Mario Barragán Pachón, por su colaboración, compromiso, dedicación y orientación en la elaboración de esta tesis, de igual manera agradecemos a los docentes que durante estos 5 años nos acompañaron en este proceso de aprendizaje, especialmente al docente René Álvarez Orozco, por impulsarnos hacia el campo de la investigación, brindarnos su conocimiento en cuanto a metodología y por motivarnos a la elaboración de tesis como modalidad de grado.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	16
1. LA GESTIÓN CONTRACTUAL PÚBLICA EN EL ESTADO COLOMBIANO .....	20
1.1 GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO .....	20
1.1.1 La gestión contractual del Estado en un Estado Social de Derecho.....	20
1.1.2. Tensión del Contrato Estatal entre lo público y lo privado .....	25
1.2 SISTEMA NORMATIVO DE GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO ....	46
1.2.1 Principios Aplicables a la Gestión Contractual del Estado. ....	46
1.2.1.1 Que se entiende por principio jurídico. ....	46
1.2.1.2 El contrato estatal sometido a principios. ....	50
1.2.1.3 Identificación de los principios aplicables a la contratación estatal ..	54
1.2.2 REGÍMENES DE CONTRATACIÓN .....	72
1.2.2.1 REGÍMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN.....	77
1.2.2.2 Regímenes especiales .....	121
2. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA ESTRUCTURA ORGANICA PARA SU PRESTACIÓN .....	131
2.1 SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	131
2.1.1 Naturaleza de los servicios públicos.....	134
2.1.1.1 Servicios públicos esenciales.....	142
2.1.1.2 La gestión de servicios públicos por particulares. ....	143
2.1.2 Características de los Servicios Públicos Domiciliarios.....	145
2.1.2.1 Competencia de los servicios públicos domiciliarios .....	153

2.2 EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SU RÉGIMEN CONTRACTUAL.....	155
2.2.1. Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios .....	155
2.2.1.1 Modos de gestión o prestación .....	157
2.2.1.2 Régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. ....	162
2.2.2 Régimen Contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios .....	167
3. MATERIALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	175
3.1 SELECCIÓN OBJETIVA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	175
3.1.1 Principios Aplicables a la Gestión Contractual de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.....	176
3.1.2 Régimen Jurídico de la Selección Objetiva .....	182
3.1.2.1 Selección objetiva y principio de transparencia.....	182
3.1.2.2 Análisis Normativo de la Selección Objetiva. ....	187
3.1.2.3 Análisis jurisprudencial de la Selección Objetiva .....	207
3.2 MATERIALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	250
3.2.1 Gestión contractual del y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga - AMB S.A. E.S.P.....	252
3.2.1.1 Naturaleza jurídica y objeto de la empresa .....	252
3.2.1.2 Estructura organizacional.....	254

3.2.1.3 Normas aplicables en materia contractual y análisis respecto del principio de selección objetiva .....	255
3.2.1.4 Procedimientos de selección del contratista y modalidades de selección .....	260
3.2.2 Gestión contractual de la Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P .....	271
3.2.2.1 Naturaleza y Objeto de la Empresa .....	271
3.2.2.2 Estructura organizacional .....	272
3.2.2.3 Régimen Jurídico y Normatividad Aplicable .....	274
3.2.2.4 Normas Aplicables en Materia Contractual y Análisis Respecto al Principio de Selección Objetiva .....	274
CONCLUSIONES .....	288
BIBLIOGRAFIA .....	291

## LISTA DE TABLAS

	PAG
Tabla 1. Artículo 209 Constitución Política.....	175
Tabla 2. Artículo 267 constitucional y Artículo 8 Ley 1993.....	176
Tabla 3. Relación de Accionistas A.M.B. S.A. E.S.P.....	250
Tabla 4. Formas de Selección.....	257
Tabla 5. Etapa de Contratación cuantía mayor a 100 SMMLV.....	281
Tabla 6. Etapa de Contratación cuantía menor a 100 SMMLV.....	282
Tabla 7. Etapa de Contratación.....	284

## LISTA DE GRÁFICAS

	PAG
Grafica 1. Organigrama AMB S.A. E.S.P.....	252
Grafica 2. Proceso de selección AMB S.A. E.S.P.....	260
Grafica 3. Contratación selección solicitud privada AMB S.A. E.S.P.....	261
Grafica 4. Accionistas ESSA S.A. E.S.P.....	269
Grafica 5. Organigrama ESSA S.A. E.S.P.....	270

## RESUMEN

**TITULO:** El principio de selección objetiva en las modalidades de selección de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.\*

**AUTOR (es):** DIANA KATHERINE HERNANDEZ SIERRA  
ANGIE GERALDINE HERRERA ROJAS\*\*

**PALABRAS CLAVES:** Contratación estatal, principios jurídicos, regímenes excepcionales, servicios públicos domiciliarios, selección objetiva.

**DESCRIPCIÓN:** La constitución de 1991 erigió al Estado colombiano sobre un modelo de Estado Social de Derecho, el cual tiene como eje fundamental el cumplimiento de los fines estatales y el interés general, en esta línea, la contratación estatal se convirtió en la herramienta maestra para materializar dicho propósito. No obstante, pese al intento del legislador de crear un estatuto general, la Ley 80 de 1993 y leyes posteriores abrieron paso a la excepcionalidad, donde podemos encontrar a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios quienes están facultadas a autorregularse por un régimen jurídico privado; sin embargo estos regímenes deben acatar los principios legales y constitucionales, entendidos como el engranaje orientador de la gestión contractual. Dentro de este conjunto de principios encontramos el principio de selección objetiva el cual establece la escogencia del contratista en términos de transparencia y favorabilidad para la entidad y la comunidad, de ahí que se elija la mejor propuesta de acuerdo al interés general. Así, se determina que este principio está incluido en los manuales de Contratación de dos importantes empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de Santander: AMB S.A E.S.P y ESSA S.A E.S.P, particularmente en sus modalidades de selección.

---

\* Trabajo de Investigación

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Mario Barragán Pachón.

## ABSTRACT

**TITULO:** The principle of strict selection procedures for selection of companies providing public services.\*

**AUTOR (es):** DIANA KATHERINE HERNANDEZ SIERRA  
ANGIE GERALDINE HERRERA ROJAS\*\*

**PALABRAS CLAVES:** Government Contracting, legal principles, Exceptional regimes, utilities, objective selection.

**DESCRIPCIÓN:** The Colombian State was raised by the Social state of right in the 1991 Political Constitution. The fundamental axis of this Constitution is to fulfill the general interest of the State. Therefore, government contracting has become a top priority in order to accomplish this purpose. Despite the Legislature's efforts in creating a general statute, Law 80 in 1993 and subsequent laws have paved the way to the exceptionality principle, where we can find public utilities companies, authorized to be self-regulated by a private legal regime. Nevertheless, these regimes must comply with the legal and constitutional principles, understood as the directing cogs of the contractual management.

Among these principles we can find 'Objective Selection'. Objective Selection leads to transparency and favorability for the company and the target community at the moment of choice, considering the best proposal according to the general interest. This principle is included in the Government Contracting Manuals of two important utilities in Santander: AMB S.A. E.S.P and ESSA S.A E.S.P, in their selection process.

---

\* Research Paper

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Mario Barragán Pachón.

## INTRODUCCIÓN

En el marco jurídico y político de la Constitución Política de 1991 se plasmó que el Estado Colombiano tiene la obligación de adelantar sus actividades y en general toda su gestión en razón del cumplimiento de los fines estatales y del interés general. Para materializar dichos fines estatales, el Estado encuentra en la contratación estatal el mecanismo idóneo para adelantar el aprovisionamiento de bienes y servicios, que satisfagan las necesidades colectivas y con ello el interés general.

Al ser la contratación estatal una de las herramientas para llevar a cabo el cumplimiento de los fines estatales, encontró el constituyente primario la necesidad de otorgar la facultad al legislador para que creara un Estatuto General de Contratación que eliminara el exceso de procedimientos provenientes de la regulación anterior y con ello sustrajera los obstáculos presentados hasta el momento en la gestión contractual. En este orden de ideas, el legislador a partir de la Ley 80 de 1993 ha venido cumpliendo dicha misión.

El estatuto tenía entre otros fines, instaurarse como aquel soporte general y principialista, orientador de la gestión contractual del Estado, no obstante, este propósito, no logró tal finalidad en sentido estricto, pues el mismo estatuto y normas posteriores fueron abriendo caminos a la excepcionalidad.

Uno de los ámbitos regulados de manera excepcional y que es objeto de estudio, hace referencia a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, entendiéndolos como un subconjunto de los servicios públicos a los cuales toda persona debe acceder en pro de unas condiciones básicas para el disfrute de una vida digna.

Así, de acuerdo a la Constitución Política de 1991 los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Lo anterior, acarrea que por conducto de la misma ley existan regulaciones propias e independientes al estatuto general, no obstante, estas regulaciones deben mantener una conexión con la reglamentación general, conexión que hace alusión a principios rectores de carácter constitucional y legal de los cuales no podrán alejarse, pues pese a pertenecer a un régimen especial siguen conservando su factor funcional de manejar recursos públicos y por lo tanto al igual que las regidas por el estatuto general, su objeto es cumplir con la satisfacción de intereses generales a través del ejercicio de la función administrativa, o la coadyuvancia para dicho ejercicio, dentro de este conjunto de principios orientadores, se encuentra el de selección objetiva deducido del principio de transparencia y encaminado a ser la base para la escogencia de la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella persigue.

De acuerdo a lo anteriormente planteado, la presente tesis se orientó desde este panorama y como consecuencia se planteó la siguiente preguntaproblema: ¿Cómo se garantiza el principio de selección objetiva en la fijación de las modalidades de selección de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P- en atención a su régimen excepcional?.

Para lograr respuesta a este interrogante, se marcó un gran propósito u objetivo, el cual fue: Ladeterminación de la garantía del principio de selección objetiva en la fijación de las modalidades de selección de la gestión contractual desarrollada por

las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P- en atención a su régimen excepcional.

Conforme a lo anterior, se propusieron y abarcaron tres objetivos específicos orientados metodológicamente a la solución de la problemática expuesta, dichos objetivos son, primero; analizar la naturaleza funcional, cualitativa y orgánica de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, segundo; describir el régimen excepcional de gestión contractual aplicado a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y sus implicaciones en la materialización de los principios que le son propios y tercero; determinar jurisprudencialmente el contenido y alcance del principio de selección objetiva y su materialización en la fijación de las modalidades de selección de gestión contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P-.

En materia de contratación existen dos regímenes jurídicos que rigen la prestación de servicios públicos de acuerdo a la naturaleza de su prestador, el público y el privado, sin embargo tal actividad por la relevancia que conlleva en el cumplimiento de los fines del Estado, no podía quedar al arbitrio y libertad del régimen privado y de sus voraces políticas de mercado, razón por la cual el legislador en aras de proteger y garantizar la prestación de los servicios públicos en atención a su naturaleza, eficiencia, universalidad y solidaridad estableció que dicha actividad tendría una regulación especial y conservó el deber de vigilancia y control en cabeza del Estado, así mismo, se estableció que en cualquier caso la prestación de servicios públicos domiciliarios estaría orientada por los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, además de los principios establecidos en la regulación especial aplicable a los servicios públicos domiciliarios.

Por lo tanto, es de suma relevancia corroborar el cumplimiento de dichos postulados que garanticen la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios por parte de las entidades o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, lo cual permitirá evidenciar el respeto o vulneración de dichas entidades a los principios rectores en atención a su relevancia y naturaleza, determinando en este sentido el cumplimiento de los fines del Estado a través de los dos caminos previstos, uno, como aquel deber de vigilancia y control y en ultimas el de garantizar la prestación eficiente y eficaz a toda la población de los servicios públicos domiciliarios.

En este sentido, el principio de selección objetiva adquiere una relevancia especial, pues al ser orientador de la actividad contractual permitirá poner al alcance de toda la población los servicios públicos domiciliarios, dicho principio establece que solo podrá contratarse la oferta más favorable para la entidad o empresa sin atención a ninguna motivación de carácter subjetivo, manteniendo de esta manera de forma preeminente el interés general como principio orientador de la actividad contractual y particularmente en desarrollo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, conservando las características que obedecen a la naturaleza de los mismos, sobreponiendo ante todo el derecho de acceso que debe garantizarse a toda la población.

De esta manera se evidencia que, independientemente de quien sea el prestador de los servicios públicos y la naturaleza del mismo, su actividad contractual y por ende la prestación de los servicios públicos como empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P debe estar orientada entre otros, por el principio de selección objetiva que garantizará la transparencia, la acertada escogencia del contratista y por ende la primacía y cumplimiento del interés general en desarrollo de dicha actividad.

## **CAPITULO1. LA GESTIÓN CONTRACTUAL PÚBLICA EN EL ESTADO COLOMBIANO**

### **1.1 GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO**

#### **1.1.1 La gestión contractual del Estado en un Estado Social de Derecho**

El modelo de Estado Social de Derecho consagrado en la constitución de 1991 además de traer consigo cambios jurídicos políticos de gran envergadura, implemento un modelo protector de derechos y garantías constitucionales fundamentadas en los fines esenciales dispuestos en el artículo 2 de la Carta Política de la siguiente manera:

*“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*<sup>1</sup>

Fue así como la Corte Constitucional desde 1992 en sentencia C- 449 de 1992, respecto del logro de los fines en el Estado social de derecho se pronunció de la siguiente manera:

*“La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado social de derecho en su artículo primero. Se trata de una definición ontológica del*

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 2. En: Pagina del Senado de la República.

*Estado, de suerte que el concepto Estado social de derecho no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma.*

*La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social.*

*El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho.*

*En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia.”<sup>2</sup>*

En este mismo sentido y bajo la lectura de esta jurisprudencia la Corte Constitucional se refiere a los requisitos con los cuales se logra concebir la actuación del Estado en márgenes de excelencia y eficacia es así como el máximo tribunal manifestó que:

*“En cuanto a la excelencia en la gestión, ella se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra **la prevalencia del interés general**, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que **es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes**”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

En lo que respecta a eficacia manifiesta la Corte:

*“La eficacia -como término genérico que condensa todos los demás principios precitados-, es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso<sup>4</sup>, "la traducción en el ámbito jurídico-administrativo de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de "socialidad" del Estado. Esta comprobación conduce directamente a la afirmación de un doble alcance del principio:*

*a) De un lado, la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin, el interés general.*

*b) Pero, de otro lado, el valor eficacia implica una condición de calidad, en el sentido de economicidad, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación en su resultado<sup>5</sup>.*

Todo lo anterior conduce a la herramienta ineludible y de suma relevancia conocida como a la gestión que desarrolla el Estado y que materialmente lleva al cumplimiento de los fines estatales. En lo atinente a la gestión, el Estado acude a diversas herramientas, entre ellas y la cual es objeto de estudio; la contratación estatal.

Una vez expuesto el papel de la cláusula de Estado Social de derecho y puesto de presente que la contratación es una forma bajo la cual se pone en marcha la gestión del Estado para el cumplimiento de los fines esenciales es menester dejar claro también, que para que dichos fines no sean burlados, requiere el Estado el aprovisionamiento de bienes y servicios, dicho aprovisionamiento encuentra asidero en la herramienta de la contratación estatal, es por ello que su estudio debe inscribirse en los principios del Estado social de derecho.

Conforme a lo anterior y con lo dispuesto en la Constitución de 1991 en su artículo 150 inciso final, establece: “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración

---

<sup>4</sup>. PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado Social y Administración Pública. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1.982. Pág. 143.

<sup>5</sup> Ibídem, pag.145.

nacional”<sup>6</sup>, es claro que para adelantar y desarrollar dicha herramienta debe existir una normatividad sobre la cual pueda ser ejecutada, con base en esto se legisló y posteriormente se continuo reglamentando al respecto sobre la materia, contando hoy con un Estatuto General de contratación ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y demás disposiciones que atienden entre otros asuntos a la particularidad de diferentes regímenes, que serán objeto de estudio posteriormente, no sin antes advertir que ninguno de estos regímenes de contratación pública pueden desconocer el marco axiológico establecido por la Constitución y la ley.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la importancia de la gestión contractual en un Estado Social de Derecho no han menguado a la actualidad, esto responde al constante cambio de la realidad social y con ello la necesidad de cubrir por parte del Estado todas aquellas insatisfacciones de la comunidad que inhiben el gozo de los derechos y garantías propias del Estado Social de Derecho, en este sentido, la Corte Constitucional ha demarcado la importancia de la gestión contractual y la vinculación directa de ésta gestión con el cumplimiento del interés general de la siguiente manera:

“Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y *en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho*”.<sup>7</sup>

*“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a*

---

<sup>6</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 150. En: Pagina del Senado de la República.

<sup>7</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

*quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”.*<sup>8</sup>

Por otro lado, en lo que respecta a la prevalencia del interés general, cabe mencionar que no es un concepto definido y aceptado universalmente, pues como muy bien lo explica DÁVILA VINUESA en su libro Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, esta definición variará ante cada caso en concreto, dependiendo de la valoración que se haga de los intereses que entren en conflicto; sin embargo, de acuerdo a Dávila se podría decir que cuando se menciona, se está haciendo referencia a la totalidad de los fines del Estado. La importancia del interés general radica en el doble papel que juega en relación con el ejercicio de la función pública, porque por una parte justifica y legitima la actuación de las autoridades, pero por otra la limita y circunscribe, esto por cuanto la actuación de la administración se justifica y limita sólo en tanto esté orientada hacia el cumplimiento de los fines del Estado<sup>9</sup>, ello concuerda con el artículo 209 superior ya mencionado al establecer que: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus

---

<sup>8</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>9</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. aproximación crítica a la ley 80 de 1993. 2 ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2001. 889 P.

órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”<sup>10</sup>

Lo anterior no deja duda de la importancia del buen ejercicio de la función administrativa y de su clara incidencia en el cumplimiento de los diferentes fines estatales que propugnan por el interés general, pues es a través de ella que el Estado desarrolla los mecanismos, herramientas y demás instrumentos jurídicos encaminados a la materialización de los fines esenciales del Estado, por su parte, el Estado social de derecho no solo circunscribe el componente axiológico de lo social, sino que revitaliza el Estado de derecho, en la medida en que somete a los órganos y servidores de la administración al recto funcionamiento y acatamiento de la normatividad vigente, esto como paradigma del principio de legalidad y de respeto a la Constitución y a las demás leyes que limitan y ordenan el actuar de forma ceñida y correcta.

### **1.1.2. Tensión del Contrato Estatal entre lo público y lo privado**

La Constitución de 1991 consagró un pilar axiológico “social” estandarte del interés general y de un orden justo y por otro lado también implantó un modelo económico que impulsaría la participación en la economía de otros agentes diferentes a los órganos estatales.

De acuerdo al profesor MATALLANA, la Constitución de 1991 impuso una serie de reglas de adaptación a las nuevas tendencias económicas relacionadas con la apertura del mercado, en la cual se deben garantizar la incorporación del capital extranjero dentro de la economía nacional, lo anterior llevaría al congreso de manera inexcusable al estudio y aprobación de un Estatuto General de Contratación Administrativa, que modificara el anterior régimen, Ley 19 de 1982 y decreto reglamentario 222 de 1983, por cuanto éste estatuto no contaba con los requerimientos y propósitos de la nueva Constitución, sobre todo con los principios

---

<sup>10</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 209. En: Pagina del Senado de la República.

que gobernarían la función administrativa en términos de economía, celeridad, eficacia, publicidad etc.<sup>11</sup>

Por su parte el abogado JOSE LUIS BENAVIDES, en su libro El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado, plantea una reflexión que expone de plano contradicciones e ideologías heterogéneas, así, expone que el congreso en desarrollo del artículo 150 de la nueva carta, aprobó el Estatuto General de Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993 en la cual se concretó el esfuerzo de unificación de valores y principios antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias –prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa; productividad-equidad; contrato administrativo-contrato de derecho privado, en todo caso según el autor eran conceptos que para esa época habían sido tratados de manera diferente en el sistema jurídico de la administración pública colombiana, ampliamente influido por el derecho francés intervencionista.<sup>12</sup>

De acuerdo a este autor, el derecho privado maneja una concepción vertical que lo distingue de las actividades del derecho público, contrariamente el Estatuto General de contratación, Ley 80 de 1993 propuso una concepción horizontal en la que los derechos público y privado se superponen según las exigencias particulares, una de las intenciones del gobierno con la creación de esta ley fue la de “devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias”<sup>13</sup> y de acuerdo a esta base se debe partir de dos premisas; la autonomía de la voluntad y el interés público, por lo tanto, el régimen de la ley 80 de 1993 contiene entonces un régimen una redefinición de conceptos y un reequilibrio de los intereses en juego en un contrato estatal.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> MATAALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993. 2 Edición. Colombia. Universidad Externado de Colombia.2009. 1277p. (60).

<sup>12</sup> BENAVIDES. José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2 Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2007. 505 P (19).

<sup>13</sup> PROYECTO DE LEY 80 DE 1993. En J. BETANCUR CUARTAS. Nuevo estatuto general de contratación administrativa, Bogotá, Dike, 1995, págs. 107 y 108.

<sup>14</sup> BENAVIDES. José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2 Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2007. 505 P (20).

Lo anterior expone asuntos tales como si un derecho subsume al otro, prevalece uno sobre el otro, o simplemente conviven y equilibran.

Para DAVILA VINUEZA, el estatuto de contratación se montaba sobre una idea clara: la etapa precontractual se rige por el derecho público y todo lo referente a la etapa de ejecución contractual por el ordenamiento privado. En la etapa precontractual la legislación a aplicar será en principio la ley 80 de 1993, y en subsidio el Código Administrativo; para la etapa de ejecución del contrato el régimen a aplicable será la ley 80 y en subsidio la legislación mercantil, (si es una acto de comercio), y a falta de esta la legislación civil.<sup>15</sup> A lo anterior resulta imperioso hacer la aclaración de que con la nueva normatividad el proceso de contratación puede dividirse como se plasmó en el decreto 1510 de 2013 en cuatro etapas fundamentales, a saber la planeación, selección, contratación y ejecución del contrato, implementadas en el artículo 3 de dicho Decreto, de las cuales se hará precisión posteriormente.

- **Naturaleza pública del contrato estatal: Fines de la contratación estatal”**

Comomuy bien se ha advertido en comentarios anteriores, toda actividad estatal debe estar encaminada a la realización y efectividad de los fines estatales e interés general, por lo tanto, toda autoridad debe atender a este objetivo en el pleno y pulcro ejercicio de su actuar en los márgenes de la función administrativa. Con base en lo anterior y en atención al artículo 3 de la Ley 80 de 1993; “De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

---

<sup>15</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Óp. Cit p123.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Un claro ejemplo en cuanto al cumplimiento de los fines de la contratación, se puede observar con la implementación de directrices en virtud de las cuales se crean estrategias de austeridad en los gastos de los recursos públicos, estrategias que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento y máximas que solo podrán ser inaplicadas en la medida que sean excusables bajo la misma prerrogativa del interés general.

Respecto a la injerencia de particulares en la gestión contractual del Estado, éstos están obligados a cumplir con la función social propia del Estado social de derecho y con ello al cumplimiento de la satisfacción del interés general, frente a lo anterior no se trata de cumplir llanamente como lo dice el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 con las obligaciones de la ejecución del contrato, sino de efectivamente adelantar una colaboración con la administración en pro del interés general, de ahí que se desprenda el respectivo régimen de responsabilidad del Estatuto general de contratación con respecto a los contratistas.

- **Autonomía de la Voluntad.**

Partiendo de lo plasmado en la ley 80 de 1993 en sus artículos 13 y 32 en virtud de los cuales se expone: sobre el derecho aplicable de acuerdo a la etapa en la cual se encuentre el respectivo contrato y sobre qué se entiende como contrato estatal, lo que conduce a analizar el papel de la autonomía de la voluntad y los efectos particulares del mismo.

“ARTÍCULO 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales: Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.....”<sup>16</sup>

La autonomía de la voluntad, como bien se advierte tiene suma relevancia en el espectro del derecho privado, toda vez que es éste principio es el que permite que las personas en el goce de su libertad, creen vínculos en virtud de los cuales se desprenden obligaciones y derechos, dicha libertad también lleva implícito el derecho a escoger el modo de contratar de tal manera que se adapte óptimamente a las respectivas necesidades, generando con ello la posibilidad de darse a sus propias reglas sin más limitación que postulados imperativos.

Por otro lado, se tiene que toda relación contractual además de surgir de la libertad de las partes, también naturalmente lleva consigo fuerza obligatoria, es decir, es ley para las partes como de manera clara lo expresa el artículo 1602 del Código civil colombiano, “todo contrato... es una ley para los contratantes...”.

Expuesto lo anterior, conviene mencionar que además de los artículos previamente mencionados, la Ley 80 en su artículo 40, hace alusión al contenido del contrato reconociéndole una amplia libertad a la partes, para celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales., asunto que no hace más sino impregnar a las entidades estatales de una autonomía significativa.

---

<sup>16</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

*“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL: Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. ....”<sup>17</sup>*

La inserción de dicho principio en el marco del Estatuto general de contratación administrativa, tuvo sus argumentos a favor, toda vez que era a través de éste que el Estado se encaminaría al fiel cumplimiento de sus fines en el marco de un nuevo contexto económico, lo anterior se percibe en los debates parlamentarios dados a la ley 80 y lo manifestado por la Corte Constitucional, así:

“(...)Es necesario dar una mayor autonomía al administrador público, para que logre cumplir con los fines del mandato entregado...

...El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales en el acuerdo de sus voluntades, del que emanaran las principales obligaciones y efectos del acto jurídico....

Frente al antiguo régimen contractual (Decreto ley 222 de 1983) se insistió en que el principio de autonomía de la voluntad era fundamental puesto que “... se caracterizaba por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, carentes de mecanismos ágiles de solución de las

---

<sup>17</sup> Ibíd.

controversias contractuales, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales..”<sup>18</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional advirtió que el Estatuto privilegiaba la autonomía de la voluntad en pro de la obtención de relaciones más igualitarias, y por otro lado, rescata dicho principio, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares.<sup>19</sup>

Dentro de contexto del reconocimiento de la autonomía de la voluntad por parte del estatuto, esta se concreta entre otras en las siguientes manifestaciones:

- En la libertad de contratar o no
- En la posibilidad de contratar directamente o a través de mandatario.
- En el plano de igualdad que inspiran contenidos negociales en cuanto a la obligatoriedad del pacto se impone para las dos partes.
- Libertad de selección del tipo contractual y dentro de este las estipulaciones que le corresponden. Si bien, por regla general, los contratos estatales son por adhesión en cuanto no existirá real libertad en la discusión de sus estipulaciones, la autonomía se predica en doble acepción. Una primera respecto a la libertad absoluta que tiene la entidad de escoger e incluso de crear contratos y dentro de ellos las estipulaciones que mejor se avenga con sus principios y fines sin necesidad que una ley le diga para cada paso cuáles son, con excepción de las excepcionales al derecho común. La segunda en la posibilidad de negociación que se confiere al particular en relación con aspectos no esenciales del contrato ni sobre los que afecten las reglas de selección, es decir, sobre cosas de naturaleza del contrato para excluirlas o sobre accidentales para incluirlas.
- Posibilidad de recurrir a diferentes mecanismos de arreglo directo para las controversias que se presenten durante la ejecución del contrato.

---

<sup>18</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Gaceta del congreso, Senado y Cámara, año 1, n. 75, septiembre 23 de 1992, p. 11, 13.

<sup>19</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 de 2001. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

- Posibilidad de sustraer de la justicia ordinaria la resolución de conflictos para trasladarla a la arbitral.
- Posibilidad de terminar por mutuo acuerdo el contrato.

Por lo anterior si bien es cierto, la autonomía de la voluntad juega de parte y parte en la relación contractual estatal, también conviene decir que la misma tiene cargas y límites, además de las buenas costumbres, las leyes imperativas y el orden público.<sup>20</sup>

- **Procedimientos administrativos**

Para poder abarcar este tema resulta necesario hacer alusión a lo que se entiende por procedimiento administrativo y su respectiva regulación, para ello se acudirá a lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así, para la Corte Constitucional:

*“A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso.”<sup>21</sup>*

De tal manera que el procedimiento administrativo es aquel engranaje en virtud del cual la administración en aras del cumplimiento de los fines estatales en el marco de legalidad, produce decisiones que incidirán en la comunidad. En este sentido la Corte ha establecido la finalidad y su consecuente diferencia con actos judiciales de la siguiente manera:

---

<sup>20</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. op.cit., p. 351.

<sup>21</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 640 de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*“Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso”.*<sup>22</sup>

En este sentido y como se entiende la relación de la administración, administrado contratista, y demás destinatarios beneficiarios de la contratación estatal, dicho procedimientos administrativos inmersos en el mundo contractual deben llevar en su seno el respeto y acatamiento de la normas, de allí que el DEBIDO PROCESO de tales actos que componen el procedimiento administrativo tengan como base entre otras características la participación y defensa de los derechos de los actores de dichas situaciones. Es así como de acuerdo a la ley 1437 de 2011 dichos procedimientos deben adelantarse exceptuando los procedimientos especiales conforme a los artículos 34 y siguientes de esta ley: “Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código”.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., 1998. No 47.956.

Como ya se advirtió con anterioridad la Ley 80 de 1993 no solo nació como producto de la necesidad de disminuir excesos en tramitología y requisitos que en poco aportaban en el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, esto es, lograr el aprovisionamiento de bienes y servicios, sino que además de ello se forjó dentro de otros argumentos, para ello conviene traer a colación de nuevo al doctrinante MATALLANA CAMACHO, al respecto: “ ... el nuevo estatuto debería ora corregir o superar, ora asumir e implementar, se destacan: primero, que debería ser un estatuto que permitiera adaptarse a los mecanismos administrativos, que por sí mismas y en esencia son las cambiantes; segundo, que en un exceso de exigencias y requisitos (prácticas del Dto. ley 222) lo único que permitía era el incremento de los costos de los servicios estatales (tales como las autorizaciones, revisiones, etc.); tercero, que la administración se le debería permitir un mayor grado de autonomía para que lograra cumplir con los fines del mandato entregado; cuarto, que deberían defenderse los derechos del administrado contratista, para lo cual era preciso despojar a la administración de los privilegios y facultades que los anteriores estatutos le otorgaban; quinta, que deberían establecerse mecanismos que permitieran hacer responsable a la persona pública y al contratista”<sup>24</sup>.

Con base en lo anterior, conviene dejar por sentado que si bien es cierto el nuevo estatuto trae nuevas prerrogativas tanto para las entidades estatales como para el contratista valga mencionar: como el principio de la autonomía de la voluntad, la inserción del administrado como contratista, también es cierto que toda gestión contractual debe llevar como bandera inexcusable el cumplimiento de los fines estatales, retomando lo expresado por el Consejo de Estado: la intención del legislador de 1993 fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como principio rector en la celebración de los contratos que celebrara la administración, con lo cual se recogen los postulados que se encuentran consagrados en el derecho

---

<sup>24</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993, op.cit., p. 121.

privado, pero sin desconocer que la suscripción de un contrato estatal implica el cumplimiento de unos fines, esto es, del interés general.<sup>25</sup>

Ahora bien, por su parte y enfatizando en el tema del interés general, resulta imperioso tener en cuenta que el nuevo estatuto general de contratación administrativa, si bien otorga un margen bastante amplio a la regulación por parte del derecho privado, ello no puede llevar a pensar que se desplaza el cumplimiento de los mandatos de orden constitucional. Respecto a este asunto DAVILA VINUESA, plantea que los principios que desarrolla la ley 80 de 1993 son de raigambre constitucional. Incluso la publicidad, transparencia, economía, eficacia y eficiencia como postulados rectores de la contratación deben ser aplicados aun en ausencia de la ley de la contratación. En donde se halle la administración pública, su accionar debe encaminarse por tales postulados de mandato constitucional. Obviamente, la existencia de la ley de contratación facilita el asunto porque los particulariza al ámbito que les propio.

De la buena y acertada selección del contratista se desprende que el Estado junto con la colaboración de dicho particular logre la materialización de los fines estatales, por su parte esta selección debe atender a criterios objetivos que disten diametralmente del carácter subjetivo al cual podrían estar expuesto, por lo anterior, el legislador al momento de reglamentar dicho procedimiento de licitación o concurso público, no hizo más que obligar a la observancia de dos principios importantes, por un lado; la libre concurrencia entendida como la posibilidad de oposición entre participantes u oferentes; y la igualdad entre proponentes, que es una garantía reconocida por la administración a los interesados a fin de que puedan ofertar sobre bases idénticas.

No obstante y de acuerdo a MALLANA, que exista regulación para la licitación pública, no implica que el estatuto mediante excepciones de vía libre a otro tipo de

---

<sup>25</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia 5 de abril de 2001, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

modalidades de selección, por cuanto no se consagra constitucionalmente precepto alguno que obligue a la administración a adoptar un solo sistema de selección, “ porque en la praxis pueden darse situaciones que ameriten una respuesta ágil de la administración, cuando por ejemplo militen razones de economía, de imposibilidad legal, de conveniencia administrativa o de simple seguridad pública que justifique plenamente prescindir del procedimiento licitatorio”<sup>26</sup>

- **Antecedentes a la nueva Noción de Contrato Estatal**

La constitución de 1991 con sus nuevos postulados y principios sería el antecedente más importante de la ley 80 de 1993, pues serían éstos los encargados de redireccionar el concepto de administración y con ello el de contrato estatal, fue así, como el constituyente primario ordeno en el artículo 150 superior la expedición de un estatuto general de la contratación, que como ya se anunció en apartados anteriores pretendía superar y corregir entre otras cosas, el exceso de trámites, así como también permitir un mayor grado de autonomía a la administración para el cumplimiento de los fines, defender los derechos del administrado contratista y establecer mecanismos para endilgar responsabilidad a las partes contratantes; persona pública y contratista.

De igual manera el legislador reconoció que las relaciones entre el aparato estatal y el contratista debía fundarse en la autonomía de la voluntad del que por supuesto emanarían obligaciones y derechos, frente a lo anterior y en hilo de coherencia se reconocería en los artículo 13 y 14 de dicha ley la aplicación de disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.

En esta mismo sentido y de acuerdo a MATALLANA, el legislador expreso el estatuto en su artículo 32 no pretendió regular todos los contratos que podría

---

<sup>26</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993, op.cit., p. 123.

suscribir el Estado, concluyendo así que el Estado puede suscribir cualquier tipo de contrato, inclusive los innominados.<sup>27</sup>

- **Noción de Contrato Estatal**

De acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 de 1993: son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...<sup>28</sup>

De acuerdo a LUIS ALONSO RICO PUERTA, actualmente para identificar el carácter estatal de un contrato, basta con que un acto jurídico sea celebrado por una de las denominadas entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, con plena satisfacción de sus requisitos de existencia. A partir de ese momento, habrá surgido a la vida jurídica un contrato estatal, lo cual ocurrirá al margen de que se pacten o no potestades excepcionales, o de que se incorporen normas de derecho público o de derecho privado.<sup>29</sup>

Respecto a la noción de contrato estatal cabe mencionar la novedosa manifestación de la ley 1150 en su artículo 1 al prescribir que la “ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”,<sup>30</sup> refiriéndose entonces a que además de intervenir una entidad estatal toda la contratación debe implicar el compromiso de recursos públicos, en relación con este tema el Doctor ORLANDO SANTOFIMIO, afirmo que el concepto

---

<sup>27</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. op.cit., p. 775.

<sup>28</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

<sup>29</sup> RICO PUERTA. Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta edición. Bogotá. D.C. Editorial Leyer. 2009. Pag.232.

<sup>30</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

de recurso publico resulta siendo un problema de fondo al momento de determinar a qué recurso público se refiere; al presupuestado, originado en prestación de servicios o en el ejercicio de actividades o funciones públicas, contribuciones, tarifas etc., frente a esta circunstancia en la cual el recurso público de una u otra manera , directa o indirectamente, se puede atribuir como propiedad de las entidades estatales y en consecuencia sean destinados a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, de tal manera que según este autor el contrato estatal ya no estaría enmarcado en que intervenga un entidad estatal, sino también en cuanto en el mencionado acto se comprometan de alguna manera recursos públicos.<sup>31</sup>

Por su parte para PEDRO A LAMPREA RODRIGUEZ, la ley quiere darle al contrato estatal la condición sólidamente estructurada de acto jurídico generador de obligaciones, respecto del cual la ley 80 fija los siguientes ordenes normativos: a) de derecho privado; b) señalado en disposiciones especiales; c) nacido del simple ejercicio de la autonomía de la voluntad; y d) el que a título enunciativo regula la ley. Siguiendo a este autor el contrato estatal debe satisfacer condiciones de existencia, validez y subsistencia, así explica que las dos primeras condiciones surgen en el nacimiento del contrato; la última en su ejecución. La primera se subordina a la capacidad del particular y a la competencia del representante legal de la entidad; al consentimiento, del que procede el acuerdo de voluntades, y al motivo que lleva las partes a convenir. Las condiciones de validez aluden al cumplimiento de formalidades externas, (salvo el otorgamiento de instrumento público como condición de existencia de ciertos negocios jurídicos)<sup>32</sup>

Expuesto lo anterior y retomando el libro de RICO PUERTA; Teoría general y práctica de la contratación estatal, la definición de contrato estatal surgió de la noción de acto jurídico, institución de raigambre civil, que representa la

---

<sup>31</sup> BENAVIDES, José. Y SANTOFIMIO, Jaime. Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 22 a 24.

<sup>32</sup> LAMPREA RODRIGUEZ. Pedro A. Contratos Estatales. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 2007. Pág. 106.

manifestación de una o más voluntades orientadas a producir determinadas consecuencias jurídicas, al paso que el contrato estatal implica acuerdo de voluntades y por lo tanto su formación corresponde a la estructura de acto jurídico bilateral,<sup>33</sup> asunto que apoya el doctrinarte DAVILA VINUEZA.

Por su parte DAVILA VINUEZA, manifiesta que el acuerdo de voluntades es un verdadero contrato en cuanto se erige en la expresión de la intención de las partes para autorregular una determinada situación. Si bien el contrato estatal tiene unas especiales características en razón a los cometidos estatales que le corresponde buscar, no pierde la connotación de todo contrato en cuanto obliga a las partes. En este mismo sentido plantea este autor que como todo contrato, el contrato estatal es un instrumento utilizado para satisfacer necesidades, por lo tanto no constituye un fin en sí mismo, sino que cumple con una función, en el caso de los contratos estatales con mayor razón, pues llevan como bandera el cumplimiento de los fines de interés público.<sup>34</sup>

- **Características básicas del acto jurídico denominado contrato estatal**

**Bilateralidad:** como ya se anotó representa la intervención de dos voluntades, pero además de ello implica que en lo tocante a las obligaciones, ambos extremos quedan ligados al deber de extinguirlas mediante la realización de conductas a favor del otro.

**Onerosidad, equilibrio contractual:** la onerosidad resulta obvia pues en este tipo de actividades las prestaciones efectuadas por parte del contratista lo son a cambio de una remuneración a cargo de la entidad estatal, esta característica junto con la anterior inciden en la determinación del equilibrio contractual, pues las dos señalan el régimen patrimonial de la relación y al tiempo, sus facultades y deberes.

---

<sup>33</sup> RICO PUERTA. Luis Alonso. op.cit., p. 234.

<sup>34</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. op.cit., p. 344.

**Solemnidad:** esto deriva de que el contrato estatal siempre debe constar por escrito de conformidad con el artículo 41 de la ley 80 en virtud del cual; Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, exigencia dable hasta en los casos de urgencia manifiesta, para efectos de que conste la noticia documental, resulta importante dejar claro que, pese a que requiera elevarse por escrito no requiere que sea escritura pública a menos que como indica el artículo 39 de la ley, Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.<sup>35</sup>

Por su parte el Consejo de Estado ha manifestado que la observancia de la formalidad de estar por escrito, en los contratos estatales es un elemento esencial para que el exista y produzca plenos efectos jurídicos.<sup>36</sup> O en palabras de SUAREZ BELTRÁN, la instrumentación escrita en los contratos celebrados por el Estado tiene un valor *ad solemnitatem* es decir, constituye una solemnidad *ad substantiamactus*, aun ni siquiera ausente en mínima cuantía, en donde el intercambio de oferta y aceptación debe ser por escrito.<sup>37</sup>

**Principal:** para su celebración no se requiere de la previa celebración de otro acto jurídico, dado que las etapas precedentes a la suscripción del contrato, pueden enmarcarse dentro de la etapa precontractual, es decir, preparatoria del acuerdo

---

<sup>35</sup> PALACIO HINCAPIE. Juan A. La contratación de las entidades estatales. 5 Edición. Medellín. Editorial Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2005. Pág. 35.

<sup>36</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencias sección tercera de 29 de noviembre de 2006, Exp.16855; 2 de mayo de 2007, Exp.14464; de 20 de febrero de 2008, Exp. 16247.

<sup>37</sup> SUAREZ BELTRÁN. Gonzalo. Estudios de derecho contractual público.1 edición. Colombia. Editorial legis.2014. pag.194.

negocial, que conjuntamente con la contractual y postcontractual integran todas el universo denominado proceso contractual estatal.

**Nominado:** resulta así debido a la categoría única adoptada por el estatuto contractual bajo la denominación genérica de contrato estatal, sin perder de vista y sin que ello le reste tal calidad, las especiales cualificaciones contenidas en aquel es decir, artículo 32, o en disposiciones civiles, comerciales o especiales.

- **Perfeccionamiento del contrato estatal.**

De acuerdo a PALACIOHINCAPIE el perfeccionamiento del contrato corresponde al momento en el cual surgen las obligaciones para las partes, el que ocurre, sin lugar a dudas con posterioridad a la adjudicación, aunque mucho se haya discutido sobre el carácter contractual de esta. Respecto a este tema el mismo autor, expresa que el nuevo estatuto eliminó tramites de perfeccionamiento del contrato, imprimiendo agilidad al proceso contractual, acabando con las aprobaciones por parte del Consejo de ministros, consejos de gobierno, o de las juntas de las entidades descentralizadas así como con la revisión de legalidad que efectuaban el Consejo de Estado y los respectivos Tribunales administrativos.<sup>38</sup>

Ahora cabe traer a colación que pese a que el estatuto nació con el principio de la autonomía de la voluntad, también trajo consigo un presupuesto que como ya se menciono anteriormente, consiste en elevar a escrito el acuerdo de voluntades, siendo este un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, el cual debe consignar el objeto y contraprestación, generando con ello seguridad y pleno conocimiento de sus contenido.

Como ya se advirtió al ser un requisito esencial para la existencia y validez el Consejo de Estado se expreso de tal manera que rechazo la confesión

---

<sup>38</sup> PALACIO HINCAPIE. Juan A. La contratación de las entidades estatales. 5 Edición. Medellín. Editorial Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2005. Pág. 35.

espontanea de los representantes judiciales, como también la confesión por interrogatorio de los representantes administrativos de las respectivas entidades. De igual manera el Consejo de Estado ha expresado que, el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada de los particulares implica además cargas, entre otras de legalidad y de advertencia, para los sujetos involucrados en el tráfico jurídico. Dicho en otros términos quien participa en él y aspira a que su comportamiento adquiera relevancia jurídica y produzca efectos vinculantes de naturaleza negocial ha de cumplir con las cargas de legalidad, que para el caso no otras que el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por la ley contractual para la conclusión del contrato. La inobservancia de dicha carga genera consecuencias desfavorables o perjudiciales para el sujeto toda vez que sus actos dispositivos no son recibidos y patrocinados por el ordenamiento jurídico, como que ante dicha situación la consecuencia es de sanción adversa en punto de eficacia y relevancia jurídicas.<sup>39</sup>

Dicho resultado desfavorable, será de tal envergadura que si no se ha suscrito ni perfeccionado dicho contrato entre la administración y el particular, y este a ejecutado o adelantado trabajos, tan solo le queda reclamar mediante acción de reparación directa, pues si no existe relación contractual estatal que medie no será viable la acción contractual.

A manera de conclusión y como ya se anotó en la característica de la solemnidad del contrato estatal, su perfeccionamiento se encuentra consagrado en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 previamente anotados.

- **Ejecución del contrato estatal.**

De acuerdo al inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007; Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales

---

<sup>39</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencias de 29 de enero y 4 de mayo de 1998.

correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

- **Requisitos para la ejecución.**

Como se advirtió para iniciar la ejecución del respectivo contrato, la ley exige dos requisitos, el primero de ellos; que el contratista constituya la garantía única, la cual tiene como objetivo garantizar el cumplimiento, la calidad y el pago de las prestaciones a cargo del contratista, por lo tanto hasta que no se constituya esta no es posible iniciar la ejecución, todo esto debido a que si llega a presentarse un incumplimiento no se tiene la herramienta para reparar los perjuicios que ocasione dicho incumplimiento. El segundo requisito; está a cargo de la administración y debe ser cumplido de dos maneras: por un lado, cuando previamente la entidad estatal ha expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en los términos que ordena el principio de economía (de manera previa a la iniciación del proceso de selección y de la firma de contrato), y de otro lado con la expedición del registro presupuestal, en donde la entidad garantiza el flujo de recursos para el cumplimiento de la obligación a cargo de la entidad de pagar cuando se haya procedido a la entrega del bien, ejecución de una obra o la prestación efectiva del servicio.<sup>40</sup>

Una definición de la ejecución de los contratos, puede ser la dada por PALACIO HINCAPIE, en virtud de la cual la ejecución corresponde al periodo dentro del cual se deben cumplir las prestaciones asumidas por las partes y durante ella tiene la

---

<sup>40</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. op.cit., p. 788 y 789.

Entidad la misión de obtener el cumplimiento idóneo y oportuno del contrato mediante el ejercicio de los poderes de control y dirección.<sup>41</sup>

Respecto a los poderes de control y dirección la ley 80 en su artículo 14 numeral 1 no precisa reglas concretas sobre la supervisión y vigilancia, limitando su pronunciamiento al establecer que las entidades tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato<sup>42</sup>, a lo anterior se suma el artículo 26 numeral 1 de la misma ley en la cual se consagra: “Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

De acuerdo a SUAREZ BELTRAN, el estatuto guardo silencio sobre la forma como tal deber debe cumplirse y sobre los instrumentos de que pueden disponer los servidores públicos para honrarlo, siendo entonces hasta la aparición del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 del 2011 que tal vacío, vino a empezar a enmendarse, siendo este estatuto el que enmarca el tema de seguimiento contractual dentro del principio de “moralidad administrativa” como desarrollo del artículo 209 superior.

Por su parte el estatuto anticorrupción en su artículo 83, señala en su primer inciso:

“Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> PALACIO HINCAPIE. Juan A. op.cit., p. 43.

<sup>42</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

<sup>43</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1474 (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de

Para SUAREZ BELTRAN, la norma referida establece que el seguimiento se puede emprender ya sea a través de la supervisión o de la interventoría, teniendo en cuenta la definición que la ley menciona para cada una de ellas:

“La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos”

Mientras que la “La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”.<sup>44</sup>

Lo anterior lleva a concluir que mientras en la interventoría se acude a un consultor especializado con un grado de conocimiento técnico superior a aquel que disponga la entidad, a propósito “sus ojos” en frente de la ejecución del contrato. Es por ello que a la interventoría se le hace consistir de acuerdo con la definición legal “en seguimiento técnico” del cumplimiento del contrato, cuando el mismo “suponga conocimientos especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen, mientras que la supervisión es adelantada por la misma entidad y no requiere de conocimiento técnico.”<sup>45</sup>

---

corrupción y la efectividad del control de la gestión pública... Diario oficial. Bogotá, D.C., 2011. No 48.128

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> SUAREZ BELTRÁN. Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Colombia. Editorial legis.2014. pag.256 y 257.

## 1.2 SISTEMA NORMATIVO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

### 1.2.1 Principios Aplicables a la Gestión Contractual del Estado.

#### 1.2.1.1 Que se entiende por principio jurídico.

Dentro de la dogmática jurídica y teoría del derecho de finales del siglo XIX y comienzos del XX se construyó una visión de principios jurídicos, que arrancaría inicialmente con los postulados de los autores positivistas enmarcados en el concepto de reglas validas ya sean formalmente o empíricamente y culminaría en un punto extremo de estudio con las críticas y postulados detractores de aquel positivismo rígido y cerrado, logrando con ello crear un antes y después de la concepción de principio jurídico.

Por lo anterior es necesario dejar claro que si bien los autores positivistas reconocían la existencia de dichos principios estos no alcanzaban a obtener suficiente legitimidad sobre su carácter de elementos integradores del ordenamiento jurídico, así mismo también es cierto que los principios como tal no eran nuevos para la historia jurídica, pues claro está que, en época romana eran éstos los encargados de regular los conflictos socio jurídicos, de ahí que se constituyeran como la base principal sino es que la única, la cual no experimentó mayor desarrollo y por lo tanto no existió una noción que se contrapusiera tal como si existió en época del positivismo jurídico con el ingreso al panorama de la regla jurídica.

Por su parte ZAGREBELSKY dentro de su teoría establece una distinción entre reglas y principios de la siguiente manera “*Por lo general las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios*”<sup>46</sup> este autor establece una diferencia entre reglas y principios desde un enfoque constitucional, considerando tan solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir,

---

<sup>46</sup>ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 109.

constitutivo del orden jurídico, en tanto las reglas, aunque bien pueden estar incluidas en un texto de carácter constitucional, no son más que leyes reforzadas por su forma especial, agotándose en sí mismas, y dejando la fuerza constitutiva solo para los principios<sup>47</sup>.

Por su parte, DWORKIN sustenta que las reglas son el producto deliberado de creación jurídica, en tanto que los principios no se basan en la decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad<sup>48</sup>. Así, para Dworkin se entiende por principio a *“un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*<sup>49</sup>

Por otro lado, de acuerdo a Dworkin, pese a que tanto las reglas y los principios apunten a decisiones particulares que hacen referencia a obligaciones de carácter jurídico en determinadas circunstancias por cuanto ambos tienen el carácter prescriptivo, ello no quiere decir que tengan la misma orientación, es decir, mientras las reglas consagran un tipo enunciativo y su consecuencia, los principios no llevan consigo consecuencias. De igual manera la categoría de principio indica que los operadores jurídicos, deberán reconocerlo y de ser necesario aplicarlo en el caso en concreto, tomando con ello una decisión, que deberá responder de ser necesario a un análisis del peso, dimensión o importancia de los dos principios que pueden concurrir en el caso en concreto, situación que se distancia de la solución ante el conflicto dado entre reglas, conflicto que respondería a la aplicación de una u otra sin mayor análisis de su respectiva importancia, precisamente por su prescripción cerrada a un caso en concreto.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 110.

<sup>48</sup> CARRIÓ, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Abeledo-Perrot, 1970. Vol. 131. p. 54. citado por BARTH, José Francisco. *Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)*, Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Septiembre-diciembre 2005. No. 108. p. 185.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995. p. 75-76.

Por su parte, Robert ALEXY, viene a dejar por sentado la importancia de establecer la distinción entre reglas y principios, para este autor los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes,<sup>51</sup> así los considera como “mandatos de optimización” que no necesariamente tienen que ser cumplidos al todo o nada sino que pueden ser aplicados en diferentes grados, dependiendo su cumplimiento no solo de las posibilidades reales (fácticas) sino también de las posibilidades jurídicas del caso concreto según los principios y las reglas que se opongan para cierta cuestión. En contraste a lo anterior, las reglas son *mandatos definitivos*, pues en caso de que sea válida la única opción es su cumplimiento sin que se permitan diferentes grados para dicha conducta, tiene que darse por completo.<sup>52</sup>

El Estado colombiano no ha sido ajeno al desarrollo jurídico dado a los principios por parte de la doctrina occidental, es así, como los principios han entrado al ordenamiento jurídico colombiano como un conjunto de normas que no solo se destinan para ser aplicadas en un caso determinado, sino que por el contrario han llegado a abarcar un mundo de interpretación jurídica, toda vez que dentro de su existencia cumplen un papel de criterio hermenéutico asunto de suma relevancia en el objeto del presente trabajo.

Para sustentar esta breve introducción vale la pena resaltar lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C- 818 de 2005:

*“[Los principios constituyen los] soportes estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son <<generales>> por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la*

---

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>52</sup> BARRAGAN, Mario. Los principios constitucionales fundamentales en la gestión contractual de las entidades públicas. Su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo. Tesis de Maestría. Bucaramanga. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2013. P 216.

*exigencia de una supuesta <<justicia de caso concreto>> (...) Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento”<sup>53</sup> .*

De lo anterior se puede concluir que restarle o negarle a los principios la fuerza normativa, propia de su carácter de normas, carece de sentido constitucional, de ahí que un principio jurídico no pueda ser omitido en decisión judicial o administrativa ni mucho menos pueda llegar a ser reemplazado por otra norma jurídica. *En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.*<sup>54</sup>

Por su parte el Consejo de Estado al igual que la Corte Constitucional también ha referido acerca de la diferencia entre reglas y principios, sin restar ni matizar el carácter ni la fuerza normativa de estos últimos:

*“Si, como se dijo, el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe anotar que las normas prescritas en las leyes son, casi siempre,*

---

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Tomo I. p. 74-75. Citados por: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (09, agosto, 2005). MP. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>54</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (5, Junio, 1992). MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

*reglas, mientras que las normas de rango constitucional son, en su mayoría, principios; por ello, “diferenciar los principios de las reglas significa diferenciar la Constitución de la ley”.*

*De ahí también la diferencia de forma entre unos y otras; las reglas, en la medida en que prescriben lo que se debe, no se debe o se puede hacer, tienen un supuesto de hecho; en cambio, los principios no, porque ellos proporcionan “criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”.<sup>55</sup>*

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, al igual que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado reconoce la fuerza normativa de los principios de tal manera que:

*“Según hoy se tiene por establecido, el concepto de norma rebasa el de regla en sentido restringido, pues conforme ha dicho la doctrina autorizada “con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse «regla» de lo que podría, por el contrario, denominarse «principio»...”<sup>56</sup>*

### **1.2.1.2 El contrato estatal sometido a principios.**

Como ya se ha anotado de acuerdo a DAVILA VINUEZA, la Ley 80 es una ley de principios, lo cual quiere decir que se promulgo bajo la hipótesis de que ha de

---

<sup>55</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170.

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Resuelve Recurso de Casación. Exp. de Referencia: 05360-31-03-001-2003-00164-01. (7, octubre, 2009) MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

resultar aplicable tanto a situaciones presentes como futuras, sin importar el caso concreto que se esté presentando, o las circunstancias que lo rodeen, la norma debe proveer de los mecanismos necesarios para afrontarlo, por cuanto indica los valores que deben prevalecer. Por consiguiente, no se trata de un estatuto caracterizado por prohibiciones o formalismos.<sup>57</sup>

Es así como queda claro que para la jurisprudencia y la doctrina nacional, los principios también tienen un carácter normativo como enunciados que hacen parte del sistema jurídico y como tal tienen eficacia y fuerza reguladora sirviendo particularmente en dos sentidos:

*“como coadyuvantes hermenéuticos en caso de ambigüedades en la interpretación de las reglas, como integradores sistemáticos y correctores de la unidad del sistema y también como fundamento de juicios específicos de deber ser por estar llamados a regir la conducta de las personas dentro de una sociedad constituyendo también mandatos normativos del mismo modo que las reglas, no agotándose su fuerza normativa en una función simplemente supletoria de las reglas para la interpretación judicial y como integradores del sistema jurídico sino también imponiendo una forma de decisión en las eventualidades no predecibles en el ordenamiento jurídico, gozando de autonomía respecto de las reglas pudiendo regular la realidad, obligando a la toma de una decisión, respecto de ciertas posturas en particular, referidas a circunstancias de orden también particular<sup>58</sup>.*

Ahora, una vez expuesto en los apartes anteriores el papel de la gestión contractual en un Estado Social de Derecho, la significancia de la gestión contractual en los márgenes de la función administrativa, y las novedosas particularidades del nuevo concepto de contrato estatal implementado en la Ley 80

---

<sup>57</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. op.cit., p. 21.

<sup>58</sup> BARRAGAN, Mario. Los principios constitucionales fundamentales en la gestión contractual de las entidades públicas. Su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo. Tesis de Maestría. Bucaramanga. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2013. P 216.

de 1993 ley 1150 del 2007 y todas su reglamentaciones, resulta obligatorio entender que, como bien ya se explicó, el contrato estatal por llevar en su seno el fin de satisfacer necesidades de la comunidad como bandera de los fines estatales, debe estar más que soportado, interpretado y visto con los filtros constitucionales, de allí que pese a como ya se advirtió de estar en un régimen especial o no, el mismo debe ser leído y desarrollado con base en principios, de allí que de acuerdo a IVAN GOMEZ LEE la libertad contractual de los entes públicos o estatales particulares que manejen o administren recursos, que se someten a regímenes de derecho privado no es absoluta, dado que el ámbito de sus actuaciones se encuentra circunscrito por el interés general, por lo principios constitucionales esenciales y por el control que ejercen las contralorías, control fiscal y en síntesis los principios constitucionales de la gestión fiscal.

Continuando con este autor de acuerdo a la ley 1150 de 2007 hay disposiciones que claramente resultan aplicables a toda actividad contractual, no solo a las entidades sometidas a la ley 80 de 1993, pues de acuerdo al encabezado y al artículo 1 se encuentra que la finalidad de dicha ley es introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con “recursos públicos” sin importar el régimen contractual de la entidad estatal, lo cual se complementa con el título II de la misma sobre disposiciones generales sobre toda contratación que se realice con recursos públicos, de igual manera el artículo 1 es concordante con el artículo 13 en virtud del cual: Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de

inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.<sup>59</sup>

La posición expuesta está determinada por un criterio material objetivo, como lo es el que cualquier persona, sin importar su naturaleza, que maneje o administre recursos del Estado y que celebre un contrato, está desarrollando un acto de contratación estatal, referido directa o indirectamente a un actividad estatal de disposición de patrimonio público. Esa decisión de desarrollar el acto contractual está motivada en la necesidad, la intención, la obligación, o el deber funcional que tiene esa persona de cumplir con una finalidad, cuando se le encomendó la gestión fiscal de los recursos estatales.<sup>60</sup>

Por otro lado, y de suma importancia debe hacerse referencia al buen ejercicio de la función administrativa y con ello el cumplimiento de los fines estatales, que no tiene otro propósito que satisfacer las necesidades de los administrados materializando con ello la realidad del interés general, en relación ha dicho la Corte Constitucional:

*“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos*

---

<sup>59</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

<sup>60</sup> GOMEZ LEE, Iván Darío. Contratación Visible. Manual para un buen control de recursos en la contratación pública. Bogotá D.C. Auditoría General de la Nación en coedición con el instituto de Estudios del Ministerio Publico. 2010. Pág. 15.

*vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”<sup>61</sup>.*

Expuesto lo anterior, y teniendo en cuenta que el Estatuto General de Contratación nació de una base principialista, y en razón del objetivo del presente trabajo, conviene analizar identificar los principios aplicables a la gestión contractual.

### **1.2.1.3 Identificación de los principios aplicables a la contratación estatal**

De acuerdo a lo anterior y a la idea clara de que toda gestión contractual está sometida a principios por poseer estos fuerza y carácter normativa y por ser parte del ejercicio de todos aquellos quienes desarrollan función administrativa, conviene ahora analizar cuáles son dichos principios y en que disposiciones normativas reposan para de allí identificarlos y establecer su alcance en la gestión contractual ya sea de acuerdo a un régimen excepcional o no. Como ya se anoto con anterioridad la ley 80 en sus propósitos se pregonaba como un estatuto único y universal, en ese marco de ser aplicable a todas las entidades del Estado y gobernado bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, conmutatividad y equilibrio económico. En este panorama la contratación estatal no dejo de ser reglada, pero si se matizo pues al mismo tiempo de este carácter pretendido se dispuso en el artículo 13 de la Ley 80 que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”<sup>62</sup>,

---

<sup>61</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 (07, octubre, 2009). MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>62</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

igualmente en los artículos 23, 32 y 40<sup>63</sup> remiten a los postulados de la función administrativa, del derecho administrativo y, a su vez, a los principios generales del derecho, igualmente todas las relaciones contractuales de las leyes 80 y 1150 estarán sometidas a los principios de la gestión fiscal artículo 65 Ley 80:

*“La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.*

*Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*

---

<sup>63</sup>ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo....

ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

*El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno.*

*Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”*

De igual manera al abrirle el camino al derecho privado, entran en la gestión contractual instituciones jurídicas propias de éste las cuales se mencionaran seguidamente.

De lo anterior se partirá de una identificación que alude a principios constitucionales, legales administrativos, y legales y reglamentarios contractuales.

**A. Principios constitucionales:** en este acápite haremos referencia a los principios fundamentales, dogmáticos, funcionales y/o orgánicos.

- **Principios Fundamentales:**

**Principio de Igualdad:** el artículo 13 de la Constitución regula uno de los derechos más importantes dentro de las actuaciones de las autoridades públicas, por cuanto obliga a respetar dicho derecho de manera real y efectiva para la Corte Constitucional el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, de una manera real y efectiva, propia del Estado Social de Derecho, en cuanto al tema de contratación, este principio tiene plena vigencia primero por estar plenamente consagrado y segundo porque es este el que fundamenta la igualdad en oportunidades de los interesados , para lo cual se deben implementar reglas justas y claras. Por este motivo la Corte Constitucional en sentencia T-147 de 1996 considero que la tutela era el mecanismo idóneo para garantizar dicho principio en los procesos de contratación, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte la Corte Constitucional en fallo C-400 de 1999 advirtió que el principio de la igualdad permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas que se

encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esta racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y finalidad que la justifican.<sup>64</sup>

**Derecho de petición:** dispuesto en el artículo 23 de la constitución como una de las herramientas importantísimas para las personas u organizaciones interesadas en adelantar veedurías a la gestión de las respectivas entidades, solicitando información sobre las actuaciones de la administración pública, en el entendido de que las mismas no tienen carácter reservado, menos aún en lo que tiene que ver con los expedientes de los procesos de selección o con la celebración del contrato como sustento de lo anterior se trae a colación las siguientes disposiciones de la Ley 80:<sup>65</sup>

“Artículo 24. Del principio de transparencia:

... 3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios...”<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 (02, junio, 1999). MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>65</sup> MATA LLANA CAMACHO. Ernesto. op.cit., p. 85.

<sup>66</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

Lo anterior permitirá combatir la corrupción administrativa, puesto que una vez analizada dicha información y puesta en entredicho se puede iniciar con solicitudes o de manera oficiosa los mecanismos de control, disciplinario, penal y fiscal, igualmente este derecho debe ser leído junto con el artículo 20 y 74 constitucional, sobre la veracidad e imparcialidad de la información, así como la garantía de poder acceder a documentos privados, respectivamente.

**Principio debido proceso:** consagrado constitucionalmente en el artículo 29, en virtud del cual las autoridades deben aplicarlo en todas sus actuaciones, también puede hacerse efectivo a través del mecanismo de tutela, cuando se pretermita alguna etapa del proceso contractual, dicho principio lleva consigo la posibilidad de conocer y controvertir las decisiones que tome la administración, ejemplo de ello; la declaratoria de caducidad o la imposición de una multa, o en el momento de estudiar un derecho de petición, dar oportunidad al oferente que está siendo atacado para que pueda defenderse y con ello su oferta.<sup>67</sup> De igual manera el artículo 17 de la ley 1150 hace alusión de manera expresa a este derecho: *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

---

<sup>67</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. op.cit., p. 87.

*con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*<sup>68</sup>

**Principio de la buena fe:** consagrado en el artículo 83 constitucional en virtud del cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, de acuerdo a MATALLANA, este es uno de los principios que mas opera dentro de la contratación administrativa y forma parte de los principios orientadores del estatuto contractual.<sup>69</sup>

Así también, MARIO BARRAGAN abogado y docente en su trabajo para optar el título de Magister manifiesta que: “La buena fe se constituye en un mandato, un imperativo directo dotado de eficacia que impone a las partes contractuales el deber de obrar de acuerdo a sus criterios en todas las etapas contractuales, extrayendo de aquello consecuencias como las de evitar las dilaciones injustificadas y los entramientos de los procedimientos contractuales”<sup>70</sup>

**Principio derecho a la administración de justicia:** consagrado en el artículo 229 de la Constitución, en virtud del cual se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado, este artículo es de suma importancia toda vez que refuerza los ya mencionados y su eficiente materialización y puesta en marcha.

---

<sup>68</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

<sup>69</sup> *Ibíd.* p 101.

<sup>70</sup> BARRAGAN, Mario. Los principios constitucionales fundamentales en la gestión contractual de las entidades públicas. Su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo. Tesis de Maestría. Bucaramanga. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2013. P 216.

- **Principios dogmáticos:** consagrados en los artículos 1, 2, 4 y 6 constitucionales, estos no hacen más que afirmarlo ya anotado previamente acerca del fin de la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, el cual se funda sobre unos principios como lo son el respeto a la dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general, de igual manera la contratación no tiene otra misión diferente a la materialización de los fines esenciales del Estado dispuestos específicamente en el artículo 2<sup>71</sup> de la carta, fines que sólo podrán ser cumplidos en la medida que las autoridades en el ejercicio de su labor cumplan cabalmente con la función administrativa, de esta manera y como reza el artículo 6 de la carta política, la responsabilidad de los servidores se presenta por infringir la Constitución y las leyes y además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.
- **Principios funcionales:** consagrados constitucionalmente en los artículos 209 y 267:

La corte Constitucional al respecto ha justificado estos artículos en la importancia de encaminar el actuar de quienes ejercen función administrativa bajo un margen de respeto hacia la Constitución, con el fin de cumplir los fines estatales en este camino ha expresado que:

*“...transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social...”; en esa perspectiva, la función administrativa adquirió una nueva dimensión, pues a través de ella*

---

<sup>71</sup> ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

*el Estado materializa las funciones y objetivos a su cargo, dirigidos fundamentalmente a la realización plena del individuo y de los intereses superiores de la sociedad, de ahí el espacio concreto que a la misma se le dio en el artículo 209 del ordenamiento superior.”<sup>72</sup>*

*“..la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución colombiana “... está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.<sup>73</sup>*

**ARTICULO 267.** *El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

*Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la*

---

<sup>72</sup> T-406 (05, junio, 1992). MP. Ciro Angarita Barón. Citada por la Sentencia C-1163 (06, septiembre, 2000). MP. Fabio Morón Díaz.

<sup>73</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 (29, julio, 2003). MP. Álvaro Tafur Galvis. La CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-427 (29, septiembre, 1994) MP. Fabián Morón Díaz., En el mismo sentido pueden consultarse entre otras, la sentencias C-564 de 1997, C-563 de 2000, C-010 de 2001, C-051 de 2001, C-830 de 2001, C-012 de 2002, C-037 de 2003 (según la cual: “La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”), C-252 de 2003, C-652 de 2003, C-835 de 2003, C-893 de 2003, C-036 de 2005, C-1265 de 2005, T-142 de 2006, C-988 de 2006 y C-300 de 2012

*economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...<sup>74</sup>*

- **Principios Orgánicos:** como ya se expuso lo relacionado con el ejercicio de la función pública que no tiene otro fin que satisfacer las necesidades de los administrados de allí que dichas autoridades deban enmarcar su acción en la normatividad correspondiente de ahí que como lo menciona BARRAGAN, “siendo la gestión contractual una de las principales modalidades para la realización de los fines del Estado, es preciso que se logre identificar claramente la normatividad que es aplicable a la actividad contractual de la Administración Pública, definiendo con claridad las disposiciones que la regulan, los sujetos activos y pasivos de dicha regulación y el campo u objeto de regulación específico.”<sup>75</sup> De allí que se tenga en cuenta claramente que artículos constitucionales como el 121 y siguientes de tal manera que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, de igual manera, por su parte el artículo 122 alude a que *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”<sup>76</sup>*, los cuales enmarcan el ejercicio de su labor en un marco de legalidad, propio de Estado Social de Derecho y no es más que la puesta en práctica y la exigencia del comportamiento estipulado en el artículo 6 constitucional en virtud del cual; *“..Los particulares sólo son*

---

<sup>74</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 209 y 267. En: Pagina del Senado de la República.

<sup>75</sup>BARRAGAN, Mario. Los principios constitucionales fundamentales en la gestión contractual de las entidades públicas. Su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo. Tesis de Maestría. Bucaramanga. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2013. P 216.

<sup>76</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Artículo 122 y ss. En: Pagina del Senado de la República.

*responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.* De igual manera cabe mencionar que dichos principios se desarrollan en diferentes niveles de la administración mediante lo referido en el primer inciso del artículo 209 constitucional ya referenciado, es decir, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

**B. Principios legales administrativos:** por ser la gestión contractual una herramienta ejercida por las autoridades quienes ejercen función administrativa y como ya se explico anteriormente deben acatar la Constitución y las disposiciones legales que regulan su labor dispuestos en diferentes normas entre ellas:

- **Ley 489 de 1998:** En virtud de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. El objeto de esta norma es regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, de esta manera al estar destinada a la función administrativa, se dispone que aplicará a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas. De igual manera en su parágrafo establece que los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades

descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.<sup>77</sup>

El artículo 3 de la ley 489, dispone la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes **a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia**. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. (Negrita fuera de original)

De igual manera en su párrafo establece que los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.<sup>78</sup>

Igualmente en los artículos 6 y siguientes se establecen los principios de coordinación, descentralización, desconcentración y delegación.

- **Ley 1437 de 2011:** Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que

---

<sup>77</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 489 (30, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones... Bogotá, D.C., 1998. No 43.464

<sup>78</sup> *Ibíd.*

reemplaza el anterior Decreto Ley No. 01 de 1984 que contenía el Código Contencioso Administrativo, la primera parte de este código está destinada a regular todo lo concerniente al procedimiento administrativo y los principios que fundamentan el desarrollo del mismo, por ello en su artículo 1 dispone la finalidad de dicha parte así:

*“Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”*

En el artículo 2 se dispone el ámbito de aplicación y consecuente con ello las excepciones a la misma de la siguiente manera:

*“Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

*Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.*

*Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.*<sup>79</sup>

En cuanto a los principios que consagra dicho código, los mismos se encuentran en el artículo 3 de manera detallada, el cual también hace alusión a la necesidad de interpretar y aplicar las actuaciones a la luz de *a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. De esa manera este artículo menciona los siguientes principios: **debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.***<sup>80</sup>

Ante lo anterior conviene resaltar dos principios; participación y coordinación, en virtud de que estos no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad y de manera expresa como principios, así, el artículo 3 del CPACA se refiere a ellos de la siguiente manera:

*“.. En virtud del principio de **participación**, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.*

*...10. En virtud del principio de **coordinación**, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus*

---

<sup>79</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., 1998. No 47.956.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares...”<sup>81</sup>  
(Negrita fuera de texto)

- **Ley 1450 de 2011:** por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, y parcialmente por el Decreto Nacional 2693 de 2012, entre otros hace énfasis en los principios del buen gobierno, coordinación, concurrencia y subsidiariedad, igualmente el parágrafo 1 del artículo 71 dispone para la aplicación y desarrollo de esta ley se tendrán en cuenta los que principios de igualdad, economía, equidad y la recuperación del costo, así como todas aquellas actividades orientadas al mejoramiento de los servicios de que se trata, de manera que se garantice su eficiente y efectiva prestación al igual que la reserva de la información, estos entre otros principios que juegan en ítems específicos de dicho plan, comportan al igual que los anteriores el conjunto principialista del plan de gobierno.<sup>82</sup>
- **Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción:** ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. De nuevo sigue siendo esta norma una herramienta para combatir y encaminar el actuar de las autoridades hacia el buen ejercicio de sus funciones encontrando nuevamente como base de todo este andamiaje jurídico el cumplimiento de los fines estatales, dicha norma en el artículo 78 que a su vez modifica el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, dispone que “todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los *principios de **democracia participativa y***

---

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1450(16, junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014... Bogotá, D.C., 2011.

**democratización de la gestión pública...**<sup>83</sup>, lo anterior dentro de una línea de lucha contra la corrupción y de disposición para mas que atender, incluir a la ciudadanía. Esta ley por su parte desarrolla entre otros propósitos el principio de transparencia en razón de las modificaciones realizadas a la ley 80 artículo 8, sobre inhabilidades e incompatibilidades, así, los artículos 1, 2, 3 y 4 del Estatuto Anticorrupción consagra: inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas, prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados e inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el estado.

- **Decreto Ley 019 de 2012 – Estatuto Anti trámites:** Decreto expedido por el presidente “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

Este decreto así como las normas mencionadas con anterioridad, resaltan que toda actuación debe fundarse en los principios y reglas previstos en la Constitución Política y en la ley. Es así como el objeto de esta ley es proteger y garantizar la efectividad de los derechos de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades y facilitar las relaciones de los particulares con estas como usuarias o destinatarias de sus servicios de conformidad con los principios y reglas previstos en la Constitución Política y en la ley. En tal virtud, el decreto tiene por objeto suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades,

---

<sup>83</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1474 (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá, D.C., 2011. No 48.128

contribuir a la **eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales** que la rigen. Así mismo los artículos 3, 4, 5 y 6 enuncian particularmente; **la moralidad, celeridad, economía y simplicidad en las actuaciones administrativas.**

**C. Principios legales y reglamentarios contractuales:** tales principios devienen ya de la normatividad de la gestión contractual (públicos) o ya del derecho civil o comercial (privados), esto en razón de lo que se explicó del camino otorgado por el Estatuto de Contratación a la regulación privada, de allí que se distingan los principios provenientes de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, y su respectiva reglamentación, incluyendo el reciente Decreto 1510 de 2013 y los principios de las relaciones privadas.

#### **Principios Del Estatuto de Contratación, Ley 1150 2007 y Decreto 1510 de 2013 -Públicos:**

- **Ley 80 de 1993:** en la cual se dispone los siguientes principios:

**-Artículo 24:** Principio de Transparencia: con base en este principio se pretende conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecen etapas acordes a cada actuación, igualmente mediante este principio se deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, siempre en aras de la pulcritud del proceso y en aras de una contratación eficiente y coherente con los fines estatales.

**-Artículo 25:** Principio de Economía; en virtud del cual entre otros asuntos se debe cumplir y establecer los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

**-Artículo 26:** Principio de Responsabilidad; Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. Lo anterior en virtud del buen ejercicio de la función administrativa y del fin constitucional perseguido.

**-Artículo 27:** Principio de Mantenimiento de la Ecuación Contractual; en virtud del cual se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

**-Artículo 25 numeral 12:** Principio de Planeación: de acuerdo a este principio previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.<sup>84</sup>

- **Ley 1150 de 2007:** Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, valga aclarar que es la **EFICIENCIA** uno de los principios rectores en virtud del cual se espera obtener el mejor resultado con la optimización

---

<sup>84</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

de recursos, de igual manera esta ley disponen los siguientes principios:

**-Artículo 5:** Principio de selección objetiva; conforme a este principio es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, teniendo en cuenta los criterios legales necesarios.

**-Artículo 5 parágrafo 1:** Principio de la primacía de lo sustancial sobre lo normal: en virtud del cual 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, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. Lo anterior conduce a que no compras y contratación pública, siendo este Decreto una de las se rechazara propuesta por ausencia de requisitos que no afecten su valoración por lo menos hasta antes de la adjudicación.<sup>85</sup>

- **Decreto 1510 de 2013:** Por el cual se reglamenta el sistema de últimas normas de la contratación estatal, entre otros asuntos establece la necesidad de incorporar a la reglamentación las mejores prácticas internacionales en la **PLANEACIÓN** de la contratación y la compra pública. Siendo la planeación la primera etapa del proceso de contratación que de acuerdo a este decreto es el conjunto de actos y

---

<sup>85</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde. Dicho principio debe estar entre otros aspectos en inmerso en: Deber de análisis de las Entidades Estatales (artículo 15), Utilización del Acuerdo Marco de Precios (artículo 48), Planeación de una adquisición en la bolsa de productos (artículo 51) y Precalificación para el concurso de méritos (artículo 68.)<sup>86</sup>

### **1.2.2 REGÍMENES DE CONTRATACIÓN**

Como bien comentábamos en el capítulo primero el Estado Colombiano está fundado sobre un modelo de Estado Social de Derecho, de acuerdo al cual su fin y materialización se ve realizada al satisfacer el interés general, por tanto es su deber proveer de bienes y servicios a la toda la población en pro del mismo; siendo allí donde nace la necesidad de contratar y adquirir estos bienes y servicios por parte del estado, apareciendo lo que conocemos como contrato estatal, el cual es definido por el Consejo de Estado así:

*Son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de*

---

<sup>86</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854.

*procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.*<sup>87</sup>

Así mismo también es importante comentar la definición que de ellos da el Estatuto de Contratación Estatal, el cual los define así:

**“Artículo 32. De los Contratos Estatales.** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...*”<sup>88</sup>

De acuerdo a las acotaciones anteriormente referidas se puede concluir que la naturaleza de la contratación estatal está especialmente definida de acuerdo a un criterio orgánico que obedece a la naturaleza de la entidad que es parte en el contrato, se nos menciona entonces las entidades públicas, a las entidades de

---

<sup>87</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675. Citada EN: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicado No. 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246). Bogotá, 31 de marzo de 2011. CP. HERNAN ANDRADE RINCON Actor: EVER ALFONSO SUAREZ LAGOS. Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS

<sup>88</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”*

régimen especial y a las entidades privadas, las cuales pueden celebrar contratos de naturaleza pública y cuya actividad contractual se ve englobada en la contratación estatal.

Descubriendo de esta manera que la contratación estatal en Colombia se lleva cabo mediante la existencia de tres regímenes de contratación.

- **La existencia de diferentes regímenes de gestión contractual del Estado.**

En Colombia coexisten tres regímenes de contratación estatal, son definidos como contratación estatal en sentido estricto, contratación estatal en sentido amplio y contratación de entidades privadas, de acuerdo a la clasificación realizada por GÓMEZ LEE<sup>89</sup>.

El primero de ellos se refiere a la contratación estatal de las entidades estatales y sus contratistas los cuales contratan apegados a la normatividad del Estatuto de Contratación Estatal, la ley 1150 de 2007, El estatuto anticorrupción, decreto antitrámites, código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y el decreto 1510 de 2013, durante el desarrollo de su actividad precontractual y contractual. Las entidades estatales en sus actuaciones contractuales están sometidas a unos principios básicos junto con la normatividad especial anteriormente mencionada, como se retrata en el artículo 23 del Estatuto de Contratación Estatal.

Artículo 23º.- De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de

---

<sup>89</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2012.

transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.<sup>90</sup>

Así mismo, en desarrollo de la actividad contractual los servidores públicos miembros de las entidades estatales obedecen a un estricto régimen de conducta el cual les conlleva responsabilidad disciplinaria.

El segundo régimen, contratación estatal en sentido amplio abarca todos los regímenes especiales o excepcionales en los cuales se celebran contratos estatales independiente a la naturaleza pública, privada o mixta de la entidad contratante, pero no aplican en su actividad contractual el estatuto de contratación pública ni sus normas complementarias sino que se rigen por normas especiales o de derecho privado, dentro de este régimen se incluyen entidades como las Universidades Públicas, el Banco de la República, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Empresas de Servicios Públicos y temas específicos como las actividades de telecomunicaciones, las Asociaciones Público Privadas y los Contratos de estabilidad jurídica como principales integrantes.

Este régimen especial de contratación a pesar de no estar sometido al estatuto de contratación y sus normas complementarias no tiene una libertad completamente discrecional de regularse ya que está sometido a unos parámetros básicos para controlar el desarrollo de la actividad contractual y velar por el cumplimiento eficiente y eficaz de los fines del estado; como son los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de rango constitucional, junto con el régimen de

---

<sup>90</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC.

inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación tal como lo establece la ley 1150 de 2007:

**Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.<sup>91</sup>

Por último tenemos el régimen de contratación de organizaciones privadas en el cual también se incluyen las entidades con participación mayoritaria de capital privado las cuales celebran contratos estatales pues utilizan recursos públicos y por tanto a pesar de ser un régimen privado y con miembros particulares se encuentran limitados por los principios básicos constitucionales del artículo 267 y por tanto se les ejerce control fiscal, así mismo se les aplica un régimen disciplinario para particulares para controlar las actuaciones de los mismos.

En conclusión, existen tres regímenes de contratación, los cuales celebran contratos estatales, en última instancia estos tres regímenes de contratación a pesar de todas las diferencias características de cada uno de ellos obedecen a los principios básicos constitucionales así como a los principios de la gestión fiscal

---

<sup>91</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 13.

que es el elemento concomitante a los tres regímenes de contratación el manejo de recursos públicos y por tanto la sujeción al control fiscal<sup>92</sup>.

### **1.2.2.1 REGÍMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN**

El estatuto de contratación estatal o ley 80 de 1993 fue expedido con el fin de agrupar la normatividad en materia de contratación estatal para que únicamente se recurriera a este estatuto y allí encontrara la normatividad aplicable a todo el procedimiento precontractual, contractual y postcontractual.

#### **a. Ámbito de Aplicación.**

El estatuto general de contratación pretendía abarcar la contratación estatal celebrada por las entidades públicas entendiéndose por estas:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que

---

<sup>92</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 26 de enero de 1993. Art. 2. Artículo 2º.- Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.<sup>93</sup>

Por tanto, se entiende que todos los contratos celebrados por personas jurídicas que tengan participación pública mayoritaria y todas las dependencias del estado que tengan capacidad para celebrar contratos, celebraran contratos de derecho público los cuales están regidos por el régimen general de contratación estatal o ley 80 de 1993.

### **b. Conceptos Básicos**

Es igualmente importante referirnos a las personas naturales que se desempeñan en las entidades estatales, los servidores públicos, los cuales son definidos por el estatuto de contratación estatal como

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

---

<sup>93</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 2 numeral 1.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.<sup>94</sup>

Así mismo, es relevante mencionar la principal actividad para la cual se requiere la contratación estatal, en la adquisición de los bienes y servicios que el estado debe proveer a la población en general en cumplimiento de sus fines, como son los servicios públicos: *Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.*<sup>95</sup>

### **c. Participes**

En la celebración de todo contrato estatal encontramos determinados elementos comunes a todos ellos, entre estos las personas intervinientes en el contrato entendidas como contratante y contratista.

El contratante en un contrato estatal siempre debe ser la administración pública la cual actúa en nombre del Estado siendo facultada por este para actuar, como comenta Omar Franco, la administración es el brazo ejecutor del estado que se manifiesta en forma de entidades o personas jurídicas pertenecientes al régimen de derecho público, que manifiesta su voluntad al actuar como contratante por medio de sus representantes.<sup>96</sup>

Por contratista se entiende que será quien pretenda celebrar un contrato con la administración respecto a lo cual encontramos en la ley 80 de 1993 que “pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas

---

<sup>94</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 2 numeral. 2.

<sup>95</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 2 numeral. 3.

<sup>96</sup> FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Ieyer, 2010. pp. 19-20.

legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”<sup>97</sup>

Sera entonces contratista toda persona capaz natural o jurídica, nacional o extranjera, los consorcios y uniones temporales que celebren contratos con las entidades estatales.

Las personas naturales para ser contratistas deberán tener capacidad contractual y por tanto deben ser mayores de edad y no estar inmersos en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad vigente, si una persona natural cumple con los anteriores requisitos independiente de su raza, nacionalidad, sexo, etc., podrá ser contratista de las entidades del estado.

Las personas jurídicas para ser contratistas también deben tener capacidad contractual siendo legalmente constituidas, para ello deben probar su existencia mediante el documento que así lo acredite de acuerdo a la naturaleza de cada, estas personas jurídicas pueden ser nacionales o extranjeras, sin embargo estas últimas deben obedecer otros requisitos especiales.

También podrán ser contratistas los consorcios y las uniones temporales como bien los habilita el artículo 6 de la ley 80 de 1993<sup>98</sup>, la cual también se encarga de definirlos:

**1. Consorcio:** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas

---

<sup>97</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 6.

<sup>98</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 7.

de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

**2. Unión Temporal:** Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.<sup>99</sup>

De acuerdo a las anteriores definiciones también podrán ser contratistas un número plural de personas cuando se reúnan y en forma conjunta presenten una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato respondiendo solidariamente tanto de las ganancias como las pérdidas mediante la figura del consorcio o en el mismo caso pero teniendo una responsabilidad más limitada pues en caso de incumplimiento los miembros solo responderán de acuerdo a su participación, bajo la figura de unión temporal.

En el mismo sentido, es de suma importancia mencionar lo que al respecto refiere el decreto 1510 de 2013 en su artículo segundo, siendo esta la más reciente normatividad expedida que regula la contratación estatal, toda vez que en esta ocasión se mencionan otras partes intervinientes en el proceso de contratación además de las tradicionales anteriormente referidas.

***Artículo 2°. Partícipes de la Contratación Pública.*** Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-ley número 4170 de 2011 son:

---

<sup>99</sup> Sin embargo aparte de estos dos existe también la promesa de sociedad futura, aunque no se encuentre definida en la ley 80 de 1993.

1. *Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.*  
*En los términos de la ley, las Entidades Estatales pueden asociarse para la adquisición conjunta de bienes, obras y servicios.*
2. *Colombia Compra Eficiente.*
3. *Los oferentes en los Procesos de Contratación.*
4. *Los contratistas.*
5. *Los supervisores.*
6. *Los interventores.*
7. *Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley.*<sup>100</sup>

Lo anterior como lo comenta GOMEZ LEE “Es una disposición novedosa que consagra una lista de los actores del sistema de compras y contratación pública, para los efectos del decreto ley 4170 de 2011. Es evidente la diferencia entre el concepto de partícipes de todo el sistema y el proceso contractual y precontractual respecto del concepto de partes como tal; este último referido a los dos sujetos de un contrato, el contratante y el contratista.”<sup>101</sup>

De acuerdo al comentario de Gómez Lee se puede apreciar que esta lista de partícipes incluida por el decreto 1510 es más amplia toda vez que menciona los sujetos que pueden intervenir en la actividad precontractual, el proceso contractual y postcontractual y no únicamente las partes del contrato, contratista y contratante.

#### **d. Proceso de contratación.**

---

<sup>100</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 2.

<sup>101</sup> GOMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia, Análisis y Comentarios al decreto 1510 de 2013. Legis Editores S.A, 2013.

El proceso de contratación puede dividirse como se plasmó en el decreto 1510 de 2013 en cuatro etapas fundamentales, a saber la planeación, selección contratación y ejecución del contrato, sin embargo previo al desarrollo y estudio de las implicaciones que conllevan cada una de estas etapas procederemos a definir que es el proceso de contratación de acuerdo a las definiciones implementadas por el decreto 1510 de 2013 Artículo 3: *“Proceso de Contratación es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde.*<sup>102</sup>

La primera de las etapas del proceso de contratación es la planeación, en esta etapa se realizan los estudios previos en los cuales se verifica la viabilidad del contrato a celebrar, los estudios previos deben contemplar además de los requisitos especiales de cada modalidad de selección del contratista los siguientes requisitos generales:

- 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.*
- 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.*
- 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.*
- 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal*

---

<sup>102</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 3.

*debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.*

*5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.*

*6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.*

*7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.*

*8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.<sup>103</sup>*

Los anteriores requisitos no son exigibles para la contratación cuando esta sea de mínima cuantía, posteriormente a la realización de los estudios previos dentro de la etapa de planeación del proceso contractual la entidad estatal debe proceder a realizar el aviso de la convocatoria mediante el cual se publican en el SECOP todos los documentos relativos al contrato junto con el objeto del mismo, con las respectivas especificaciones de los objetos o servicios a adquirir identificando en primer lugar a la entidad que abre la convocatoria, cuál va a ser la modalidad de selección utilizada por la entidad para contratar en cada caso, así como el valor estimado del contrato junto con la afirmación de disponibilidad presupuestal de la entidad en esa misma cuantía, el plazo en el cual se espera se ejecute el contrato así como todas las condiciones que requieren conocer los contratistas para ofertar y tener una amplia expectativa de ser seleccionados entre ellas, si la convocatoria es susceptible de ser limitadas por Mipymes favoreciendo la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas o si la contratación esta cobijada por acuerdo comercial, entre otras; igualmente se debe preestablecer y publicar el

---

<sup>103</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 20.

cronograma que aplica a la presente convocatoria incluyendo la fecha límite para presentar la oferta y el lugar donde debe ser entregada, al respecto también es importante mencionar que cuando la contratación sea de mínima cuantía o contratación directa no es necesario cumplir con este requisito, por tanto no es exigible la publicación en el SECOP.

Otro de los pasos fundamentales dentro de la etapa de planeación es la elaboración de los pliegos de condiciones los cuales son definidos por el consejo de estado donde expresa su naturaleza, efectos y relevancia:

*El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.<sup>104</sup>*

---

<sup>104</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). Bogotá D.C., (19 de julio de 2001). CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Agregando al anterior concepto, que los pliegos de condiciones son exigibles y aplicables además de a la modalidad de licitación pública, al concurso de méritos y selección abreviada.

Para que se cumpla efectivamente el propósito del pliego de condiciones y se regule adecuadamente el contrato y el proceso contractual en su etapa precontractual, contractual y postcontractual es necesario que el pliego de condiciones sea redactado en forma detallada, clara y completa, para que contenga todas las previsiones y condiciones que regulen el contrato que sean exigibles y beneficiosas tanto para el contratista como la entidad estatal. – Proyecto de pliegos-

Para concluir la etapa de planeación después de haber realizado los estudios previos, el aviso de la convocatoria y el pliego de condiciones la entidad deberá ordenar la apertura del proceso de selección mediante un auto administrativo de carácter general que deberá especificar el objeto a contratar, la modalidad de selección correspondiente a la contratación, el cronograma de la misma, el certificado de disponibilidad presupuestal, el lugar, físico o electrónico en el cual se pueden consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, al igual que la convocatoria para las veedurías ciudadanas.

Teniendo en cuenta que serán mencionados en el acto administrativo además de los anteriores, los requisitos que sean connaturales a cada modalidad de selección.

Posteriormente a la etapa de planeación viene la etapa de selección, en la cual se recibirán las ofertas presentadas por los contratistas, sin embargo el pliego de condiciones puede ser modificado por la entidad antes del vencimiento del plazo para la presentación de las propuestas mediante adendas, con al menos un día hábil de anterioridad al término de vencimiento, excepto para el caso de las

licitaciones públicas en la cual las adendas que modifican los pliegos de condiciones tendrán que presentarse al menos con tres días de anterioridad al vencimiento del plazo para presentar ofertas.

Posteriormente a la recepción de las ofertas y el vencimiento del plazo para la presentación de las mismas recae en la entidad la obligación de nombrar un comité evaluador que puede ser unipersonal en los casos de contratación de mínima cuantía y debe ser plural cuando la contratación sea mediante licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos. Las personas que conformen el comité evaluador pueden ser tanto servidores como particulares contratados específicamente para esta función, pero independientemente de esta naturaleza por ser la función a desarrollar de nivel asesor estarán sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidad y conflicto de intereses.

El pronunciamiento del comité evaluador debe estar siempre acorde con parámetros objetivos y siguiendo las reglas establecidas en el pliego de condiciones, la entidad estatal podrá apartarse de la decisión tomada por el comité evaluador motivando tal decisión, sin embargo en todo caso la elección de la oferta debe atender siempre el criterio de favorabilidad para la entidad estatal, por tanto la entidad estatal debe determinar la oferta más favorable de acuerdo a los requisitos legalmente establecidos para cada modalidad de selección<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. *Artículo 26. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista. En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones: 1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta. 2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio. 3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia,*

Agotada la etapa de selección de la propuesta, evaluando las mismas y escogiendo la oferta más favorable para la entidad se procede a contratar, siendo esta la siguiente etapa a efectuarse en el proceso de contratación.

Con respecto a la contratación establece la ley 80 de 1993 en su artículo 39 que:

*Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.*

En el mismo sentido consagra el estatuto de contratación estatal en el artículo 41, los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así:

*Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*

---

*que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras. 4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas. La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.*

*La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.*

Del análisis de los artículos anteriores tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico para que se celebre y perfeccione un contrato estatal, es necesario que la entidad estatal y el presunto contratistas lleguen a un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación del contrato y lo plasmen por escrito, o como al respecto se refiere SUÁREZ BELTRÁN, “Como lo ha manifestado el Consejo de Estado<sup>106</sup>, la observancia de la formalidad del escrito, en los contratos estatales, es elemento esencial para que el contrato exista y produzca plenos efectos jurídicos. En otras palabras, la instrumentación escrita en los contratos celebrados por el Estado tienen un valor *ad solemnitatem* es decir, constituye una formalidad *ad substantiamactus*.”<sup>107</sup>

Así mismo es importante mencionar la modificación que al respecto incluyo la ley 1150 de 2007 en el artículo 23, el cual modifico el inciso segundo del artículo 41 de la ley 80 de 1993, así:

*Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.*

Poniendo de presente que además de llegar a un acuerdo sobre el objeto del contrato, la contraprestación y ponerlo por escrito se debe aprobar la garantía,

---

<sup>106</sup> Sobre el tema pueden consultarse las siguientes Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855; de 2 de mayo de 2007, Exp. 14464; de 20 de Febrero de 2008, Exp. 16247. EN: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014.

<sup>107</sup> SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014.

tener la disponibilidad presupuestal y pagar los aportes a parafiscales como requisitos previos necesarios para proceder posteriormente a la ejecución del contrato estatal.

Con respecto a esta etapa el decreto 1510 de 2013 únicamente señala que la entidad estatal debe fijar fechas que sirvan como plazos dentro del cronograma para la celebración del contrato estatal y para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para el perfeccionamiento, la ejecución y el pago del mismo, conllevando esta disposición una fuerte carga para la entidad estatal y en menor medida al contratista, pues cuentan con un limitado espacio de tiempo que no permite concebir ninguna anormalidad con respecto al plan inicialmente trazado pues estarían en riesgo inminente de no cumplir con las fechas estipuladas para cada actuación dentro del proceso contractual, o como bien lo expresa GOMEZ LEE, “lo cual se traduce en una ratificación de la planeación como expresión del principio de economía contractual. A su vez, esto se puede convertir en un riesgo, dado que el incumplimiento de estos plazos puede ser hecho generador de un daño al contratista o a terceros”<sup>108</sup>; resaltando la carga que ahora recae en la entidad acorde al principio de planeación para cada contrato a celebrar.

Por último tenemos la etapa de ejecución del contrato estatal posterior a la celebración o suscripción del mismo dentro del proceso de contratación, en la cual se materializa el objeto contractual o se efectuando las obligaciones y derechos que surgen del contrato tanto para el contratante como en el contratista al momento de llevar a cabo su realización.

Una de las principales obligaciones que tiene la entidad estatal en este sentido es el control y la vigilancia de la ejecución del contrato <sup>109</sup> velando así por el

---

<sup>108</sup> GOMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia, Análisis y Comentarios al decreto 1510 de 2013. Legis Editores S.A, 2013.

<sup>109</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. *Artículo 14º.- De los Medios que pueden*

cumplimiento eficiente y efectivo del contrato, la adecuada utilización de los recursos públicos y la satisfacción del interés general al brindar la adecuada prestación de los bienes y servicios contratados para beneficio de la comunidad.

Así mismo FRANCO GUTIERREZ, realiza una lista más detallada de las obligaciones y derechos de la entidad estatal en la ejecución del contrato:

- 1). *Poner los medios para que el contratista pueda cumplir.*
- 2). *Recibir las cosas u obras materias del contrato en los lugares y tiempos señalados, cuando se ha estipulado el recibo parcial.*
- 3). *Hacer los pagos convenidos al recibir las obras parcialmente, incluyendo los reajustes pactados.*
- 4). *Recibir la obra a la finalización del contrato.*
- 5). *Liquidar el contrato y cancelar totalmente los saldos a favor del contratista, si resultaren.*
- 6). *Supervigilar por sí o por medio de un interventor, la obra en ejecución.*
- 7). *Demandar la nulidad del contrato cuando fuere el caso.*
- 8). *Gestionar el reconocimiento de las sanciones pecuniarias, indemnizaciones y garantías que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.*<sup>110</sup>

De acuerdo a las anteriores obligaciones y derechos mencionados se evidencia el respaldo al principal postulado establecido legalmente como obligación de la entidad contratante, la supervisión y el control de la ejecución del contrato ya sea que se ejerza directamente o mediante supervisor para garantizar así el cumplimiento del contrato en los plazos establecidos y con las condiciones de

---

*utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.*

<sup>110</sup> FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Ieyer, 2010. pp. 437-477

calidad contratadas, la entidad estatal contratante debe tener un comportamiento diligente durante todo el proceso contractual velando por el cumplimiento de los plazos establecidos en el cronograma, obligación que perdura en la etapa de ejecución del contrato y es complementada con la obligación de realizar los pagos parciales o anticipos en los términos pactados con el contratista, así como recibir cuando se haya estipulado entregas parciales de la obra objeto del contrato.

De la mano con las obligaciones anteriores también surgen derechos en cabeza de la entidad contratante como el derecho-deber de hacer efectivas las sanciones, garantías, indemnizaciones y la caducidad del contrato a que haya lugar por incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato en pro de proteger los recursos públicos, la entidad estatal contratante y no defraudar las expectativas de la comunidad.

Igualmente es obligación de la entidad recibir la obra al concluir su ejecución y liquidar el contrato, cancelando al contratista los saldos pendientes si resultare alguno, siendo la liquidación del contrato el paso final mediante el cual se terminaran de realizar las obligaciones pendientes entre las partes dando por terminado el contrato al haber entregado la obra a satisfacción de la entidad estatal en cumplimiento de los plazos y condiciones pactados, así como el pago de aquella al contratista sin que quede ningún saldo pendiente del contrato celebrado.

Sin embargo en ocasión de la relación contractual surgen obligaciones y derechos no solo para la entidad estatal como contratante sino también para el contratista, para estudiar las obligaciones y derechos en cabeza del contratista con ocasión al contrato estatal recurriremos nuevamente a FRANCO GUTIERREZ, quien elabora una lista que contiene las principales obligaciones y derechos del contratista en la ejecución del contrato estatal:

*Obligaciones:*

- a). *Cumplir con la prestación a que se comprometió, de buena fe.*
- b). *Contratar el personal directivo y de trabajadores que sea necesario y cumplir con las obligaciones legales que en relación con estos le correspondan.*
- c). *Adquirir los materiales y materias prima de las calidades y especificaciones convenidas y el equipo estipulado.*
- d). *Entregar la obra o el objeto del contrato, total o parcialmente, dentro de los plazos pactados.*
- e). *Concurrir a la liquidación del contrato y entregar los bienes u obras materia del mismo, oportunamente.*
- f). *Prestar las garantías y cauciones estipuladas.*
- g). *Acatar las instrucciones que personalmente o por medio del interventor, le dé el contratante.*
- h). *Pagar las indemnizaciones y multas que les correspondan.*<sup>111</sup>

Las principales obligaciones del contratista recaen en cumplir con el objeto contractual y por tanto realizar todas las acciones tendientes a satisfacer esas obligaciones en condiciones idóneas; contratar personal, contratar equipo, comprar materia prima y acatar las indicaciones del contratante, que garanticen la correcta ejecución y conclusión de la obra de acuerdo a los parámetros establecidos, teniendo el contratista la obligación de cumplir los plazos de entrega obra tanto parciales como la entrega total de la misma, siendo este el momento pertinente para liquidar el contrato requiriendo la presencia del contratante y contratista para saldar las obligaciones que emanen del mismo y darlo por terminado.

Igualmente es obligación primordial del contratista prestar las garantías y cauciones solicitadas por la entidad de acuerdo al tipo de contrato suscrito para

---

<sup>111</sup> FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Ieyer, 2010. pp. 486-487.

cubrir el riesgo en el cual incurre la administración por dicho contrato en caso de incumplimiento del contratista, así mismo el contratista está obligado a cancelar las indemnizaciones y multas que correspondan por este concepto.

Además de las obligaciones anteriormente referidas el contratista cuenta también con los siguientes derechos:

- 1). *Que el contratante le ponga los medios necesarios para poder cumplir.*
- 2). *Que se le hagan los pagos parciales a medida que avanza la obra, si esto se convino.*
- 3). *Que se le hagan los reajustes estipulados en el contrato.*
- 4). *Que se le reciba la obra o bienes oportunamente.*<sup>112</sup>

Los derechos del contratista corresponden respectivamente a obligaciones del contratante, acorde a lo pactado en el contrato, el contratante debe entregar al contratista los elementos que durante la ejecución del contrato se haya comprometido a dar al contratante, ya sea en materias primas, equipos, personal o dinero, cumpliendo los plazos estipulados para tales entregas, ya que el cumplimiento del cronograma del contrato, de la idoneidad de la obra y la efectividad del contrato corresponden en cargas iguales al cumplimiento en los plazos de las obligaciones del contratante y contratista, constituyéndose como un engranaje perfecto para desarrollar efectivamente el contrato.

De la misma manera será obligación de la entidad estatal como contratante y derecho del contratista que se realicen los reajustes necesarios estipulados en el contrato y que pretendan su cumplimiento así como mantener el equilibrio de la ecuación contractual, como es obligación del contratista entregar la obra y cumplir los plazos estipulados, también es un derecho de este que habiendo cumplido la

---

<sup>112</sup> FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Iyer, 2010. pp. 487.

administración le reciba oportunamente la obra en entregas relativas y en su culminación.

#### **e. Modalidades de Selección**

Las modalidades de selección son los modelos establecidos por el estado para que por medio de ellos se efectúen los procesos contractuales cuando se van a suscribir contratos de naturaleza pública, obedecerá a las características específicas de cada contrato u objeto contractual a satisfacer alguno de los modelos de selección actualmente vigentes los cuales tienen un procedimiento reglado con el fin de limitar la libertad contractual cuando se pretenda suscribir un contrato estatal en aras de proteger el patrimonio público y garantizar transparencia y eficiencia en la actividad contractual del estado.

Inicialmente el Estatuto de contratación estatal establecía dos únicas modalidades de selección que respondían al criterio de cuantía de los contratos, por tanto los contratos de mayor cuantía correspondían al modelo de licitación o concurso público y los de menor o mínima cuantía se realizarían mediante contratación directa, sin embargo con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 se modificaron las modalidades de selección creando cuatro modalidades, la primera, la licitación pública, la segunda, selección abreviada, la tercera, concurso de méritos y la cuarta, contratación directa; siendo estas las modalidades actualmente vigentes junto con la “contratación de mínima cuantía incluida y regulada por el artículo 274 de la ley 1450 de 2011 y al artículo 94 ley 1474 de 2011 como la quinta modalidad de selección”<sup>113</sup>, además de las respectivas modificaciones que en cada modalidad de selección realizó el decreto 1510 de 2013.

---

<sup>113</sup> ROA FONSECA, Rafael. La contratación en el municipio colombiano, teórico-práctico. Segunda Edición. Colombia, Armonía impresores Ltda. 2013.

- **Licitación Pública.**

La licitación pública es “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”<sup>114</sup>. De la anterior definición como lo expresa RICO PUERTA se pueden extraer los elementos característicos de la licitación pública, “esto es, el procedimiento en cuanto conjunto de actuaciones con específicas condiciones de tiempo, modo y lugar, la convocatoria pública, como desarrollo y aplicación de uno de los principios esenciales de la función administrativa, conjuntamente con la igualdad para la presentación de ofertas; y la favorabilidad como criterio para satisfacer los fines del Estado y preservar los derechos de los administrados.”<sup>115</sup>

Todo proceso contractual de licitación pública pasa por las etapas generales que describimos con anterioridad pertenecientes al proceso contractual, a saber, la etapa precontractual o de planeación, en la que se realizan los estudios y documentos previos, la etapa de selección, en la cual se escoge la oferta más favorable a la entidad, terminando con la adjudicación del contrato, continuando la etapa contractual en la cual se suscribe y perfecciona el contrato, finalizando con la etapa de ejecución, en la cual se debe efectuar el contrato, vigilar la ejecución del mismo y liquidarlo.

En el proceso contractual de la licitación pública deben garantizarse algunos elementos fundamentales decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado como lo son los ya mencionados y estudiados la libre concurrencia e igualdad en los oferentes.

---

<sup>114</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Parágrafo 1° del artículo 30.

<sup>115</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta Edición. Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2007. pp. 1176-1177.

La licitación pública es una modalidad de selección que procura ser ampliamente garantista, para proveer de transparencia y efectividad la actividad contractual ya que esta es la regla general utilizada para la escogencia del contratista en todos los casos en los cuales no sea necesario emplear la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa o la contratación de mínima cuantía, es por esta razón que la licitación pública está planteada como un mecanismo de selección del contratista, que garantice la libre concurrencia, la igualdad entre los proponentes y ofertas, un procedimiento estrictamente reglado, publicidad y favorabilidad como sus principios básicos para el cumplimiento efectivo de los fines del estado.

- **Concurso de Méritos.**

El concurso de méritos es la modalidad de selección con carácter de convocatoria pública que deben utilizar las entidades estatales para seleccionar contratistas para la prestación de servicios de consultoría, los contratos de consultoría están definidos en los siguientes términos por la ley 80 de 1993.

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. . LEY 80. 28 de Octubre de 1993. Bogotá DC. Art. 32 numeral. 2.

Por tanto todos los contratos de consultoría encajados en los objetos anteriormente descritos deberán llevarse por la modalidad de selección del concurso de méritos.

El concurso de méritos puede presentarse de dos formas: concurso de méritos abierto y concurso de méritos precalificado con lista multiusos.

Como expresa RICO PUERTA, el concurso abierto tiene lugar cuando para participar en el concurso de méritos no se exigen requisitos de precalificación es decir, se permite la participación de la totalidad de los oferentes que lo deseen sin la necesidad de someterse a procesos de selección posteriores que limiten su número<sup>117</sup>.

Así mismo respecto al procedimiento de precalificación comenta, que es un procedimiento anterior e independiente de los procesos de concurso de méritos para los que se aplique, que consiste en la conformación de una lista limitada de oferentes para uno o varios procesos de concursos de méritos<sup>118</sup>, siendo esta la razón de su connotación multifuncional ya que con un mismo y único proceso de precalificación se pueden obtener una grupo o lista de oferentes calificados para participar en diferentes concursos de méritos con objetos contractuales distintos.

Igualmente es importante mencionar las etapas que se surten en el concurso de méritos que por ser una modalidad de selección de convocatoria pública cuenta con un modelo de procedimiento similar a los anteriormente comentados al referirnos al proceso contractual en general y al procedimiento contractual en la licitación pública.

En el concurso de méritos con precalificación por ser este un procedimiento independiente y anterior al concurso de méritos se debe realizar en la etapa de

---

<sup>117</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta Edición. Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2007. pp. 1312.

<sup>118</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta Edición. Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2007. pp. 1313.

planeación, donde la entidad deberá avisar públicamente de la convocatoria, recibirá las manifestaciones de interés las cuales debe evaluar de acuerdo a criterios de experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización de los contratistas, producto de la anterior evaluación debe publicar un informe donde se muestren los resultados de la misma y con posteridad realizar una audiencia en la cual conformará la lista de interesados precalificados para participar en el proceso de contratación respectivo dando la oportunidad para que los contratistas pueden presentar sus observaciones.

En este punto se iniciara normalmente el proceso contractual del concurso de méritos con la publicación del auto administrativo que abre el proceso y los pliegos de condiciones, posteriormente se presentaran y recibirán las ofertas de los interesados las cuales se evaluaran en dos momentos y aspectos diferentes, inicialmente se verificaran los requisitos habilitantes y se evaluara la propuesta técnica elaborando un informe con los resultados el cual se debe someter a contradicción, posteriormente se abre y verifica la consistencia de la propuesta económica con la propuesta técnica presentada y por ultimo si se ha encontrado un oferente que adecuado, se adjudicara el contrato y si no, se declarara desierto el concurso de méritos, lo anterior, mediante auto motivado.

- **Selección Abreviada**

La selección abreviada es una modalidad de selección con carácter de convocatoria pública pero con menores rigurosidades que las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, definida por la ley 1150 de 2007 así: *La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o*

*servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.*<sup>119</sup>

El procedimiento para la selección abreviada tiene cierta libertad en su concreción y dada la variedad de objetos contractuales en los cuales se concreta la modalidad de selección abreviada existe variedad de procedimientos para contratar, sin embargo se debe atender en todo caso un procedimiento que garantice los principios aplicable a la contratación estatal, teniendo en todo caso un modelo de procedimiento general aplicable, en el cual se realizan estudios previos, se abre la convocatoria mediante acto administrativo publicado junto con el pliego de condiciones, operando sobre las ofertas recibidas la regla de subsanabilidad, en desarrollo de la primacía de lo sustancial sobre lo formal como debe operar en el proceso de selección abreviada, después de verificados los requisitos habilitantes de acuerdo a la evaluación de los mismos se escoge la oferta más favorable para la entidad.

La ley estableció las causales específicas o circunstancias de contratación en la cual atendiendo al objeto contractual debe realizarse el proceso contractual mediante la modalidad de selección de selección abreviada, en los siguientes casos deberá tramitarse el proceso por esta modalidad de selección:

- a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

En este caso existen tres procedimientos diferentes para contratar la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común

---

<sup>119</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 2 numeral 2.

utilización por parte de las entidades, a saber, subasta inversa, compra por catálogo derivado de la celebración de acuerdos marco de precios y bolsas de productos, en los cuales por ser contratación de este objeto contractual en el cual se tiene estandarizados los bienes o servicios a adquirir será único criterio de selección el precio.<sup>120</sup>

La subasta inversa de acuerdo a la definición de SUAREZ BELTRAN es, una puja dinámica de precios, efectuada mediante la formulación de lances, para lograr la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado. Esta puede tener lugar presencial o electrónicamente, de conformidad con unas reglas de juego preestablecidas en los pliegos de condiciones del proceso.<sup>121</sup> Además de lo anterior en este procedimiento que debe existir un margen mínimo de mejora del precio en los lances efectuados el cual debe estar preestablecido en el pliego de condiciones, la adjudicación del contrato no se realiza inmediatamente a la terminación de la subasta, previo a esto la entidad debe verificar el procedimiento de subasta se haya realizado correctamente y si en la mejor oferta existen precios artificialmente bajos.<sup>122</sup>

Con respecto a los acuerdos marco de precios se manifiesta que “ellos pretenden ser una solución ágil para suministros de frecuente uso en el conjunto del sector público y que, normalmente, supondrían la realización de numerosos procesos de selección individuales. La idea es, entonces, que la entidad responsable configure un “catálogo” de ofertas para el suministro de esos ítems de gran demanda por las entidades estatales, pero cuyos tiempos de entrega y cantidades son inciertas al momento de formular la convocatoria inicial, de modo que, estableciendo un tope

---

<sup>120</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 5 numeral 3. “...las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.”

<sup>121</sup> SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 74.

<sup>122</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 28.

para la cantidad a proveer, las entidades públicas puedan contar con proveedores estables y con condiciones ciertas para el respectivo contrato, sin tener que adelantar nuevos procesos de selección cada vez que requiera el respectivo suministro”.<sup>123</sup> Al respecto es necesario recalcar la importancia que tuvo el decreto 1510 de 2013 al crear Colombia Compra Eficiente, pues designo que esta entidad sería la gestora y encargada de crear los catálogos para la contratación con acuerdos marco de precios, lo cual estaba pendiente por regular a pesar de la inclusión de esta modalidad en la ley 1150 de 2007, al igual que las garantías que se concedan en desarrollo de esta actividad contractual no deben suscribirse a favor de la entidad estatal contratante sino de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Finalmente para abordar los tres procedimientos de contratación para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización abordaremos el procedimiento de contratación por bolsa de productos, según el cual solo se podrán llevar por este procedimiento los productos que las mismas bolsas habiliten para ello, siendo por tanto aplicable a las operaciones que se realicen en la bolsa el régimen propio que regula las bolsas de productos, actualmente el decreto 1511 de 2006 y demás reglamentos, existiendo únicamente aplicación de derecho público y su normatividad para la suscripción del contrato de comisión celebrado entre la entidad estatal compradora y el comisionista que la represente en la respectiva operación, siendo comisionista “toda persona natural o jurídica que profesionalmente se dedica a la ejecución de negocios en nombre propio pero por cuenta ajena, en virtud de un mandato especial que le ha sido conferido para la celebración de uno o varios negocios comerciales determinados sobre todo tipo de productos”.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> DÁVILA PÉREZ, Javier. “Evaluación del impacto y de los beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y en el Caribe”. 2013. EN: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 84.

<sup>124</sup> SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 100.

b) La contratación de menor cuantía.

Todo contrato de menor cuantía en cada entidad estatal deberá realizarse por el procedimiento de selección abreviada en atención al procedimiento general expuesto con anterioridad y de acuerdo con los siguientes requisitos específicos de acuerdo a la descripción realizada en el artículo 59 del decreto 1510 de 2013:

Además de las normas generales establecidas en el presente decreto, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía:

1. En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.
2. Si la entidad estatal recibe más de diez (10) manifestaciones de interés puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez (10) interesados con quienes continuará el Proceso de Contratación. La entidad estatal debe establecer en los pliegos de condiciones si hay lugar a sorteo y la forma en la cual lo hará.
3. Si hay lugar a sorteo, el plazo para la presentación de las ofertas empezará a correr el día hábil siguiente a la fecha en la cual la entidad estatal informe a los interesados el resultado del sorteo.
4. La entidad estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles.<sup>125</sup>

c) La celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

---

<sup>125</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 59.

Estos contratos deben llevarse por la modalidad de selección abreviada y menor cuantía, es necesario mencionar que los interesados o contratistas para la suscripción de los contratos cuyo objeto contractual sea la prestación de servicios de salud deben estar inscritos en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial.

Después de realizar un extenuante proceso de licitación pública en ocasiones se tiene que no existe una oferta que cumpla a cabalidad con los requisitos y condiciones exigidas en el pliego de condiciones y debe declararse desierto la licitación pública, sin embargo en la entidad persiste la necesidad de contratar, por esta razón es que se debe recurrir a la selección abreviada, en pro de garantizar la selección objetiva del proceso licitatorio de convocatoria pública con los beneficios de ser un proceso simplificado y satisfacer a la brevedad las necesidades de la entidad estatal sin sacrificar las garantías y principios que rigen la convocatoria pública.

Todo proceso de selección abreviada que se realice como consecuencia de una convocatoria pública que ha sido declarada desierto, deberá realizar por el proceso de selección abreviada de menor cuantía.

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

Con respecto a esta causal todos los procesos contractuales que se realicen que tengan por objeto la enajenación de bienes del estado deberán obedecer a las reglas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, con las respectivas

modificaciones consecuencia del objeto contractual como la obligación de realizar un avalúo del bien a enajenar, la posibilidad de enajenar directamente o mediante intermediario idóneo, por oferta o subasta pública y las obligaciones connaturales a la enajenación de un bien como la suscripción de escritura pública, registro y entrega del bien.

Como bien lo dice la causal está no aplica para la venta de acciones de propiedad del Estado.

- f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

Para la adquisición de bienes y servicios de carácter homogéneo provenientes de recursos agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros y cuya finalidad es la de ser utilizados en las actividades del sector agropecuario como lo requiere esta causal la entidad estatal deberá adquirir estos productos mediante el procedimiento de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes en la bolsa de productos solo pudiéndose apartar de este procedimiento si puede contratar en mejores condiciones motivando su decisión.

- g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta.

Las empresas comerciales e industriales del Estado deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden.

En este caso las entidades estatales deben aplicar el proceso de selección abreviada de menor cuantía, teniendo siempre como parámetro de escogencia la propuesta más favorable.

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

En razón a la función especial a la cual esta causal hace referencia y los características especialísimas de los bienes y servicios a adquirir en su desarrollo solo podrán celebrar contratos con dicho objeto contractual y de acuerdo a esta causal, la presidencia de la república, las entidades del sector defensa la fiscalía general de la nación, el instituto nacional penitenciario, el ministerio del interior y de justicia, la registraduría nacional del estado civil y el consejo superior de la judicatura; mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía.

- **Contratación Directa.**

La contratación directa es otra de las modalidades de selección del contratista sin embargo tiene una aplicación mucho más reservada y estricta ya que en esta modalidad de contratación no se realiza una convocatoria pública, y por tal razón no se presentan las garantías y procedimientos reglados como las convocatoria públicos, sin embargo su procedimiento está sometido a los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Por el carácter excepcional de la contratación directa la ley 1150 determino las causales taxativas en los casos en los cuales es aplicable:

- a) Urgencia manifiesta.

Se deberá contratar mediante contratación directa cuando haya una necesidad de atención inmediata no previsible a través de la ejecución de una obra, el suministro de un bien o la prestación de un servicio, como consecuencia de calamidades, situaciones de fuerza mayor, desastres y situaciones asociadas con los estados de excepción<sup>126</sup>.

- b) Contratación de empréstitos.

Así mismo se debe utilizar la contratación directa en todos los casos de contratos de empréstito sin importar la cuantía del mismo, los contratos de empréstitos operan cuando las entidades estatales procurando su financiamiento procuren la obtención de recursos a crédito.

- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

---

<sup>126</sup> GOMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2012. pp. 149-150.

El convenio interadministrativo es la cooperación que se presenta entre entidades estatales con el fin de cumplir funciones administrativas o de prestar conjuntamente los servicios que se hallen a su cargo. Consistiendo entonces en una especie de colaboración mutua para un propósito común que beneficia a quienes, como administrados, deben recibir los beneficios del accionar de los entes públicos.<sup>127</sup>

- d) La contratación reservada al sector defensa, de la Dirección Nacional de Inteligencia y de la Unidad Nacional de Protección.

Esta causal está íntimamente relacionada y limita por los conceptos de seguridad nacional y defensa, de lo que el Consejo de Estado ha manifestado: “En definitiva, en materia de seguridad la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza solo la compra de armamento como prima facie parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexidad”<sup>128</sup> para la concreción de los fines de la seguridad y defensa nacional como lo son la protección de los ciudadanos en su integridad física y sus derechos, así como el mantenimiento de un ambiente pacífico. Para el uso de esta causal se estableció una reserva legal completamente delimitada según la cual solo se habilito para contratar en este sentido mediante contratación directa a las entidades del sector defensa y por la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección, teniendo las demás instituciones que contratar mediante selección abreviada de acuerdo a la causal que así lo consagra.

---

<sup>127</sup> SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 138.

<sup>128</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 29 de agosto de 2012, CP. Hernán Andrade Rincón. Rad. No. 11001-03-26-000-2004-00007 (26776). EN: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 183.

- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

“Desde que se expide la Constitución Política de 1991, la vocación del Estado es la de fortalecer las actividades científicas y tecnológicas en Colombia. Esta clase de contratos son siempre *intuito personae*, es decir, se celebran con la única persona que tiene la capacidad científica y tecnológica requerida para el cumplimiento del objeto o finalidad propuesta por la entidad.”<sup>129</sup>

- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.

Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician un acuerdo de reestructuración de pasivos por insolvencia, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público,<sup>130</sup> en estos casos “la entidad estatal no puede delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública pero sí pueden encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes al Proceso de Contratación.”<sup>131</sup>

- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado.

Para hacer uso de esta causal y contratar de manera directa, la entidad estatal debe demostrar no únicamente que el proveedor del bien o servicio es titular de

---

<sup>129</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2012. pp. 158

<sup>130</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 2. numeral 4. literal f.

<sup>131</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 31.

los derechos de propiedad industrial o derechos de autor o es proveedor único o exclusivo probándolo mediante los documentos pertinentes para cada caso, sino que también debe demostrar que tales circunstancias recaen sobre el único bien o servicio que requiere la entidad para satisfacer sus necesidades.

- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

El contrato para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se celebrara con persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.<sup>132</sup>

- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

En el caso de la adquisición la entidad deberá realizar un avalúo del bien inmueble a adquirir, y en todo caso deberá realizar un análisis y comparación entre las

---

<sup>132</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 81.

opciones que cumplan con las necesidades de la entidad teniendo en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

Respecto a esta modalidad de selección se han presentado diversas demandas donde se reclama que la contratación directa es exclusionista, vulnera la igualdad de oportunidad y los principios que rigen la actividad contractual del estado especialmente el principio de selección objetiva, sin embargo en el Consejo de Estado ha reiterado que dicha modalidad no es ajena a dichos principios y por tanto no es una figura arbitraria en la actividad contractual del estado, como lo sostiene en el fallo 12932 de 2004:

El referido deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no sólo la licitación pública y el concurso de méritos, sino también la contratación directa.

Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad: 11001-03-26-000-1997-02932-01(12932). Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004), CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA,

Del anterior pronunciamiento se evidencia que independiente de la modalidad de selección que se utilice se deben cumplir los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva y economía, junto con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, convirtiéndose en un control general de la actividad contractual.

- **Contratación de Mínima Cuantía.**

La modalidad de contratación de mínima cuantía fue incluida en la normatividad por el artículo 94 de la ley 1474 de 2011 y el artículo 274 de la ley 1450 de 2011 modificando el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 donde se establecen las modalidades de selección.

Definiendo la contratación de mínima cuantía como, el tipo de contratación cuyo valor no excede el 10% de la menor cuantía de la entidad independiente de su objeto<sup>134</sup>, reglando su procedimiento de la siguiente manera:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.

---

<sup>134</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. 16 de junio de 2011. Artículo 274.

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.<sup>135</sup>

Sin embargo con la posteriormente introducción del decreto 1510 de 2013 se complementó la regulación de la contratación de mínima cuantía, expresando que en este tipo de contratación es igualmente exigible la realización de estudios previos<sup>136</sup> y manifestación de la aplicación del principio de planeación exigible en la actividad contractual del estado independiente a la modalidad de contratación.

Con respecto al procedimiento aplicable a la contratación de mínima cuantía regulado en el artículo 94 de la ley 1474 de 2011 y el artículo 274 de la ley 1450 de 2011, incluyo nuevos requisitos y complemento el procedimiento de contratación de esta modalidad en su artículo 85, así:

En primera lugar en la invitación para contratar no solo se deberá expresar el objeto del contrato, las condiciones técnicas exigidas y el presupuesto destinado para tal fin, sino también, su justificación y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última.

En segundo lugar, estableció que la entidad estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los

---

<sup>135</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 julio de 2011. Artículo 94.

<sup>136</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 84. *Estudios previos para la contratación de mínima cuantía*. La entidad estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

bienes, obras o servicios. Si la entidad estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.

En tercer lugar, complementando el literal b del artículo 94 de la ley 1474 de 2011 anteriormente remitido expresa que en caso de los interesados formulen observaciones o comentarios a la invitación, estos deberán ser contestados por la entidad estatal antes de que venza el plazo para presentar ofertas.

En cuarto lugar, se escogerá la oferta con el mejor precio que cumple las condiciones se agrega que si la primera oferta no cumple las condiciones se recurrirá a la oferta con el segundo mejor precio y así sucesivamente.

En quinto lugar, se establece que la entidad estatal tiene la obligación de publicar el informe de evaluación por un día hábil.

En sexto lugar, la entidad estatal debe informar al contratista el nombre del interventor del contrato.

En séptimo lugar, establece que en caso de empate la entidad estatal debe aceptar la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

En todo caso es importante resaltar que en la contratación de mínima cuantía tanto en su regulación en la ley 1474 de 2011, ley 1450 de 2011 y decreto 1510 se reitera que la oferta y su aceptación constituyen el contrato y que no es de obligatorio cumplimiento la creación de garantías en esta modalidad, sino que su suscripción esta al albedrio de la entidad estatal.

#### **f. Garantías**

Las garantías son parte fundamental de todo contrato estatal, ya que en la contratación estatal se acude a un tercero que generalmente que no desarrolla función pública, para cederle la prestación de un bien o un servicio público que

afectaran o beneficiara a toda la comunidad dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del contrato; la entidad estatal está otorgándole al contratista la ejecución de los servicios o bienes públicos que se desarrollan en cumplimiento del interés general y los fines del Estado.

Por tanto dada la trascendencia de la actividad a desarrollar y teniendo en cuenta también lo expresado por LAMPREA RODRÍGUEZ, “es incuestionable el riesgo de la entidad pública que le asigna al contratista apreciables y costosos bienes, como el anticipo, los bienes o materiales que espera que se incorporen a la obra o la disposición de inmuebles en que se localicen los trabajos de construcción, por ejemplo. Para salvar los factores de preocupación, el particular contratista está obligado, por expresa disposición legal a responder personalmente por la conservación y debida utilización de tales bienes y recursos, o trasladar la responsabilidad a un tercero, compañía de seguros o bancaria que hablan por el en caso de grave incumplimiento.”<sup>137</sup>

En nuestra legislación la teoría del riesgo se encuentra regulada en la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013 principalmente:

**Artículo 4°.** *De la distribución de riesgos en los contratos estatales.* Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.<sup>138</sup>

Esta es la primera referencia que se realiza nuestra normatividad con respecto a la teoría de riesgo de los contratos estatales en la cual se manifiesta la obligación de estimar, tipificar y asignar los riesgos previsibles en los contratos, esto es; constituir garantías que respalden esos riesgos:

---

<sup>137</sup> LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Bogotá: Editorial Temis, 2007. pp. 397.

<sup>138</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 4.

**Artículo 7°. De las garantías en la contratación.** Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.<sup>139</sup>

Las garantías se presentan principalmente en dos formas, póliza de seguros y garantías bancarias.

La póliza de seguros, consiste en garantía suscrita con compañías de seguros legalmente constituidas autorizadas para funcionar en Colombia con dicho objeto, por el presunto contratista y a favor de la entidad estatal como contratante como garantía para el respaldo del riesgo o perjuicios que por incumplimiento del contratista se pueden ocasionar a la entidad estatal durante la etapa de planeación o selección y en general durante toda la vida del contrato.

La garantía bancaria, consiste en que una institución financiera nacional o extranjera asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo e incondicional de pagar directamente a la entidad pública contratante, a primer requerimiento, es decir, con la simple orden emitida y comunicada, hasta el monto garantizado, la suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por la entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara<sup>140</sup>.

Los riesgos que cubre la garantía única son:

- Seriedad del ofrecimiento o la propuesta.
- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.

---

<sup>139</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 7. inciso 1.

<sup>140</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 734. 13 de Abril de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Artículo 5.2.3.1

- Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.
- Cumplimiento del contrato.
- Estabilidad y calidad de la obra.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.
- Calidad del servicio.
- Pago anticipado.
- Responsabilidad extracontractual.

A pesar de la gran relevancia como ya lo hemos comentado que constituyen las garantías en los contratos estatales, en algunas ocasiones el legislador en la ley 1150 de 2007, determino algunos contratos en los cuales no es exigible la creación de garantías, sino que queda a elección de la entidad estatal el exigirla o no.

Las garantías no serán obligatorias en los: contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley.<sup>141</sup>

#### **g. Publicidad**

La publicidad en la contratación estatal, constituye piedra angular para el desarrollo de la actividad contractual del Estado pues permite que se pueda pregonar un actuar transparente de la actividad contractual desarrollada por las entidades estatales de acuerdo con la observación de los principios que rigen la actividad contractual, ya que este es principio regulado constitucionalmente, como principio de la función administrativa del estado y por tanto aplicable a las entidades estatales en el desarrollo de todas sus actuaciones especialmente la actividad contractual, como lo expresa la Corte Constitucional:

---

<sup>141</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Artículo 7 inciso 5.

*La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.<sup>142</sup>*

En el mismo sentido, después de retratar la relevancia del cumplimiento del principio de publicidad nos enfocaremos específicamente en la publicidad en materia contractual, la cual es referida por el Consejo de Estado así:

El principio de publicidad se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos de selección de sus contratistas. (...). Por otra parte, el principio de publicidad adquiere la dimensión de derecho, pues quienes estén interesados en contratar con el Estado tienen el derecho a conocer las actuaciones de la Administración.<sup>143</sup>

Estableciendo en este pronunciamiento que es deber de la administración o de la entidad estatal como contratante de dar publicidad a todos sus actos surgidos dentro del proceso contractual, así mismo se constituye como un derecho de todos los ciudadanos que de conocer las convocatorias que realicen las entidades públicas para que en igualdad de condiciones cualquier interesado pueda

---

<sup>142</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711. 12 de septiembre de 2012. MP. Mauricio González Cuervo.

<sup>143</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Rad. No: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005). Bogotá D.C., (29 de agosto 2013). CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

participar y demostrar mediante propuesta u oferta su interés de contratar con el Estado.

En el mismo sentido tenemos la regulación legal del establecida al respecto en la ley 1150 de 2007 y el decreto 1510 de 2013, en los cuales se regula como debe materializarse el deber de publicidad de las actuaciones que surjan en razón de la actividad contractual y que tienen derecho de conocer todos los ciudadanos para tener la posibilidad de ante condiciones de igualdad y transparencia de obrar como contratistas, creando para este fin el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, el cual fue constituido como la plataforma para hacer efectiva la publicidad de la actividad contractual del estado y que desarrollara las siguientes funciones:

- a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;
- b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
- c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
- d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

En el mismo sentido en el decreto 1510 de 2013<sup>144</sup> se establece que constituye una obligación de la entidad estatal publicar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, los documentos del proceso contractual y los actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

Así mismo es importante mencionar que a pesar de que la publicidad en materia contractual del Estado se demanda de todas las actuaciones, tiene una relevancia especial la publicación de los estudios previos, el pliego de condiciones y el acto administrativo que constituye la invitación o convocatoria pública, como bien lo expresa el artículo 8 del decreto 1510 de 2013:

**Artículo 8°.** *De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos.* Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

Esto, porque la publicación de la invitación o la convocatoria pública, son los documentos o actuaciones que materializan en primera instancia el principio de publicidad en el proceso contractual ya que ponen en conocimiento de todos los ciudadanos los requerimientos de la entidad estatal, y junto con los pliegos de condiciones y estudios previos le da la información a los interesados para que en condiciones de igualdad puedan presentar una oferta que cumpla con las

---

<sup>144</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854. Artículo 19. *Publicidad en el Secop.* La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.

condiciones y calidades exigidas por la entidad estatal y así, tener una expectativa plausible de selección de su oferta.

### **1.2.2.2 Regímenes especiales**

La Ley 80 de 1993, surgió además de los motivos ya anotados, como un intento de constituir un estatuto de contratación de aplicación general, en reemplazo del decreto 222 de 1983, estatuto que buscaba convertirse en una normatividad de aplicación nacional, en todos los ámbitos y ordenes territoriales e institucionales.

Sin embargo y como bien lo dice LAURA REYES YUNIS, la intención omnicomprensiva se vio frustrada por los múltiples regímenes excepcionales que surgieron, no sólo con posterioridad a su expedición, sino también dentro de su propio cuerpo normativo.<sup>145</sup>

Por su parte RICO PUERTA afirma que en realidad no se trata de un Estatuto único, sino apenas general de la contratación estatal, nombre que concuerda con su verdadera finalidad, pues a pesar de invocarse la Universalidad como criterio característico del estatuto, en estricto sentido ella no tuvo lugar.<sup>146</sup>

GOMEZ LEE, ex auditor de la República en su Manual para un buen control de recursos en la contratación pública, menciona que pese al postulado de que en Colombia a partir de 1993 se creó una categoría universal con un solo régimen jurídico, es un paradigma relativo, como quiera que por disposición de la misma ley 80 de 1993 en su artículo 32 parágrafo 1 y artículo 76 modificado por la ley 1150 de 2007 sobre contratos relativos a las empresas del sector financiero y los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables poseen un régimen excepcional. Posterior a la ley 80 ese paradigma se fracturó mucho más y de acuerdo a un estudio realizado por Contratación Segura por diversas leyes se crearon 35 regímenes especiales más.

---

<sup>145</sup> REYES YUNIS, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal. Bogotá. D.C. Editorial Universidad del Rosario.2007. Pág. 80.

<sup>146</sup> RICO PUERTA. Luis Alonso. op.cit., p. 64.

Igualmente el artículo 14 de la ley 1150 fue modificado por la ley 1474 del 2011 y dispuso que; “Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”<sup>147</sup>

Por su parte el artículo 16 relativo a las entidades exceptuadas en el sector defensa. “Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.”<sup>148</sup>

Este artículo en su segundo inciso refuerza la obligatoriedad de atender a los principios referenciados en el artículo 13 de la misma ley.

Por su parte el artículo 20 de la misma norma establece la excepcionalidad para la Contratación con organismos internacionales, en virtud del cual los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación,

---

<sup>147</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

<sup>148</sup> *Ibíd.*

asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Ahora, como ya se advirtió y a este punto resulta conveniente volver a mencionar que la contratación estatal no tiene otro fin diferente a satisfacer las necesidades de la comunidad dando con ello cumplimiento a los fines estatales, siendo este el propósito fundamental del estatuto de contratación.

No obstante el legislador previo y reconoció que dicho estatuto no podía abarcar todas las áreas habidas y necesarias para tales fines, y por eso estableció excepciones a su aplicación, de manera parcial e incluso integral, y distintas leyes especiales anteriores quedaron en vigor y otras posteriores ampliaron la complejidad.<sup>149</sup>

A lo anterior hay que anotar que a diferencia del decreto 222 de 1983, la ley 80 de 1993 es una ley de principios, por lo mismo la interpretación del nuevo estatuto debe hacerse de manera diferente, basado en que los principios deben ser abordados de manera especial.

Mientras que las reglas del decreto 222 de 1983 no eran aplicables por extensión, puesto que se agotaban en sí mismas, a diferencia los principios no son proposiciones que pretenden exigir una determinada conducta; por el contrario, son criterios que permiten adoptar una posición específica ante una determinada situación, provocando una respuesta (adhesión o rechazo) ante está; son lo que, en últimas genera consenso de identidad en una comunidad en relación con los valores por los que propende y en consecuencia, que comportamientos admite o inadmite.

De acuerdo a DAVILA VINUEZA, los principios pasan desapercibidos en un esquema meramente formal o teórico; su real trascendencia surge ante eventos

---

<sup>149</sup> BENAVIDES. José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2 Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 54.

reales, cuando es necesario adoptar una posición; los principios trascienden, y desempeñan un papel constitucional del derecho, toda vez que, independientemente que se encuentren o no consagrados expresamente en normas positivas, su existencia hace parte del ordenamiento jurídico.<sup>150</sup> Respecto a lo anterior “la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia cierta sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”<sup>151</sup>

Ahora si bien es cierto y como ya se anoto existen regímenes especiales, exceptuados o autónomos, no por ello, deja la Ley 80 de 1993 de ser una norma de aplicación general para todas las entidades, incluyendo a las que son objeto de regímenes especiales, sólo que en tal evento el régimen jurídico de su contratación se regulará por tales leyes y por la ley 80 de 1993, particularmente en los principios que desarrolla.<sup>152</sup>

Al respecto la Corte Constitucional al analizar el inciso final del artículo 150 preciso que “ puede suscitar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión “estatuto general” que si bien a primera vista parece estar aludiendo a determinada tipología legislativa –las leyes estatutarias o las leyes marco- realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales”<sup>153</sup> por su parte SUAREZ BELTRAN advierte que las regulaciones especiales pese a que combinan los atributos del derecho privado con los del derecho público, ello, sin embargo, no las aleja totalmente del mundo de lo público. Así tales regulaciones y entidades deben observar deberes vinculados tanto a su naturaleza pública como al buen cuidado del dinero del mismo origen que administran, empezando por el de observancia de los principios de la gestión administrativa y el control fiscal a

---

<sup>150</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. op.cit., p. 21.

<sup>151</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid. Trotta. 1995, pág. 125

<sup>152</sup> DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. op.cit., p. 25.

<sup>153</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 de 2001. (5 de diciembre de 2001) MP. Clara Inés Vargas Hernández.

que se refiere el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

#### **A. Identificación criterios y regulación de los regímenes especiales**

- **Contratos de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables:** de acuerdo al artículo 76 de la Ley 80 de 1993 “Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.”
- **Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal:** de acuerdo al párrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, estos contratos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.  
En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 ya expuesto.
- **Régimen especial de las Universidades:** basado en la autonomía consagrada constitucionalmente en el artículo 69, y desarrollada por el Ley 30 de 1992 ley, “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”, la Universidad, en términos de dicha ley constituye un ente autónomo y por lo tanto regida por el derecho privado, con la sola

excepción del contrato de empréstito que sigue los lineamientos generales de la contratación estatal.

- **Régimen especial de las Empresas Sociales de Salud E.S.E.:** de acuerdo a lo expresado por la Sala de Consulta, pese a ser su régimen de derecho privado, “esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la ley 100 de 1993, las cláusulas excepcionales, siempre que las E.S.E. resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la Ley 80, a esta regulación deberán atenerse, es decir a los del mencionado artículo 32 del estatuto, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”<sup>154</sup>
- **Régimen especial de aporte del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar.** El instituto Colombiano de Bienestar familiar o ICBF en procura de alcanzar de manera eficiente sus objetivos, en materia de contratación, el ICBF cuenta con un régimen especial o exceptivo, establecido en la Ley 7ª de 1979 artículo 21 numeral 9; el Decreto 2388 de 1979, artículo 123 y ss.; Decreto 2923 de 1994, Decreto 2150 de 1995, artículo 122; y Decreto 1529 de 1996, conocido como “Régimen Especial de Aporte”, de manera que los contratos que celebre el ICBF para la operación de sus programas misionales, se rigen por las normas sobre contrato de aporte, pues su finalidad es la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dentro del marco del Estado Social de Derecho, propendiendo por el fortalecimiento de la unidad familiar, la

---

<sup>154</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta Civil y servicio civil. Concepto de 20 de agosto de 1998. Rad: 1127-98.

garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, su prevalencia y debida protección de su interés superior.<sup>155</sup>

- **Régimen jurídico especial del sistema nacional de ciencia y tecnología, los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, las asociaciones para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.** Este régimen comprende las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, las cuales se rigen por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente.<sup>156</sup>

Así mismo todos los actos y contratos que celebre el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, el cual está a cargo del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -Colciencias- se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado subsidiariamente con las de ciencia y tecnología.<sup>157</sup>

Dicho régimen jurídico se encuentra regulado en la ley 29 de 1990, decreto 393 de 1991, decreto 585 de 1991, decreto 591 de 1991 y la ley 1286 de 2009.

- **Régimen especial de los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.** El cual se encuentra regulado en el decreto 777 de 1992 y el decreto 1403 de 1992. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la

---

<sup>155</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Cecilia de la Fuente de Lleras. Dirección de Contratación. MANUAL DE CONTRATACIÓN. Título I pp. 1 En: [http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL\\_CONTRATACION.p](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL_CONTRATACION.pdf) df 10 de abril de 2014.

<sup>156</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones. Ley 1286. 23 de enero de 2009. Artículo 33.

<sup>157</sup> *Ibíd.*

Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares.

- **Régimen jurídico especial del Banco de República.** Regulado en la ley 31 de 1992. El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se registrará exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, en esta Ley y en los Estatutos...<sup>158</sup>
- **Régimen especial de privatizaciones.** Este régimen está regulado en la ley 226 de 1995, la cual se aplica a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa,<sup>159</sup> el cual tendrá un régimen de derecho privado para su contratación como bien lo expresa la ley en el inciso primero del artículo 7.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones. Ley 31. 29 de diciembre de 2009. Artículo 3.

<sup>159</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones. Ley 226. 20 de diciembre de 1995. Artículo 1.

<sup>160</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones. Ley 226. 20 de diciembre de 1995. Artículo 7 inciso 1. Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.

- **Régimen jurídico especial de contratación de proyectos culturales.** Este régimen está regulado por la ley 397 de 1997, ley 1185 de 2008, decreto 393 de 1991 y decreto 591 de 1991, en los cuales se regula el patrimonio cultural, los fomentos y estímulos, el ministerio de cultura y en especial los contratos para el desarrollo de proyectos culturales “para el cabal cumplimiento de las funciones relativas fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III (ley 397 de 1997), así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a requisitos establecidos en la citada normatividad<sup>161</sup>. La cual en el artículo 3 del decreto 591 de 1991 expresa que *“los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se registrarán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos.”*<sup>162</sup>
- **Régimen especial del sector eléctrico.** Este régimen se encuentra regulado en la ley 143 de 1994, en la cual se expresa que el régimen de contratación aplicable a las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será el del derecho privado, aclarando que “la Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a

---

<sup>161</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. Ley 397. 07 de agosto de 1997. Artículo 36.

<sup>162</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. *Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Decreto 591 de 1991. Artículo 3.*

estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”<sup>163</sup>

- **Régimen Especial de Entidades Estatales que Prestan el Servicio de Telecomunicaciones.** Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en el estatuto general de contratación de la administración pública. Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.<sup>164</sup>

- **Régimen especial de los servicios públicos domiciliarios.** Cuyo régimen se encuentra regulado básicamente por la ley 142 de 1994, ley 143 de 1994, ley 689 de 2001, ley 632 de 2000 y el decreto 990 de 2002. Siendo la ley 142 de 1994 en su artículo 31, modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, donde se expresa que “los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley (*servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural*) no estarán

---

<sup>163</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Ley 143. 11 de julio de 1994. Parágrafo del artículo 8.

<sup>164</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80. 28 de octubre de 1993. Artículo 38.

sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”.<sup>165</sup>

## **CAPITULO 2. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA ESTRUCTURA ORGANICA PARA SU PRESTACIÓN**

### **2.1 SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

El Estado Social de Derecho fue adoptado con el objetivo de nutrir los sistemas normativos de un sentido más humanista cuyo fin último fuera el bienestar general, adoptando para esto cuatro principios que constituyen su pilar fundamental, la dignidad humana, el trabajo, la igualdad y la solidaridad<sup>166</sup>, los anteriores principios rectores del Estado Social de Derecho nos permiten observar el carácter prestacional sobre el cual fue constituido.

Tal calidad no podía quedar exclusivamente como el fundamento filosófico del Estado social de derecho, sino que era necesario materializar dichos principios y reconocerles la fuerza vinculante que poseen, o como comenta Marín Cortés<sup>167</sup> “Le ha correspondido a la jurisprudencia constitucional materializar este modelo de Estado, y en virtud de tal obligación ha reiterado, en múltiples oportunidades que la adscripción al mismo no es solo una consagración retórica contenida en un artículo de la Constitución, sino un valor y un principio fundante del Estado”, por esta razón, el Estado utilizó los servicios públicos como medio para garantizar a todas las personas esas condiciones básicas identificadas concretamente en los bienes y servicios que les permitirán gozar de una vida digna materializando de esta manera los principios, libertades y derechos reconocidos por el Estado Social de Derecho.

---

<sup>165</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 31.

<sup>166</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 1º.

<sup>167</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis, 2010. P 81-82.

Por lo anterior el constituyente consagro la inherencia existente entre los servicios públicos y el cumplimiento de los fines del Estado, cuya relevancia se instituye como un deber del Estado de garantizar su prestación eficiente a toda la población<sup>168</sup>, por cuanto la prestación de los servicios públicos garantiza la igualdad material de condiciones básicas para todas las personas y así el cumplimiento de los fines del Estado en su esfera social materializando de esta manera el bienestar general y el aumento de la calidad de vida de las personas.

De acuerdo al artículo 365 constitucional se observa que los servicios públicos fueron establecidos como inherentes al estado social de derecho, junto con el deber de su prestación por parte del Estado a todos los habitantes dentro de su territorio; teniendo el Estado la obligación principal de obrar como prestador directo de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y velar como ente regulador, controlador y vigilante que las mismas condiciones sean respetadas por los prestadores de servicios por fuera del estado. Así mismo en el artículo 366 CP se plasman obligaciones para el Estado al tener que satisfacer las necesidades básicas de la población, mediante el uso de los recursos públicos.

Por tanto se concluye que existe una carga completa en el Estado de prestar eficientemente los servicios públicos a la población siendo este quien tiene la obligación constitucional de brindarlos mediante la utilización de dineros públicos especialmente la asignación de gasto público social por tanto la responsabilidad de satisfacción de los servicios públicos es de la administración pública siendo aplicable un régimen jurídico de derecho administrativo.

También se encuentra en la carta constitucional artículos como el 333 los cuales demuestran la influencia de las teorías neoliberales que influyeron y fueron acogidas por el constituyente, al plasmar en esto artículos un papel preponderante de libertad económica y el divorcio de la concepción intervencionista y paternalista del Estado en materia de servicios públicos.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 365.

<sup>169</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Bases constitucionales de los servicios públicos*, en: *Segundas jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.2001.

En dicho artículo se encuentra plasmada la prestación de los servicios públicos como una actividad económica otorgándole libertad para la iniciativa privada en esta materia, ampliando el espectro de posibilidades de prestación de servicios públicos desde el ámbito privado y protegiendo los intereses de las empresas que se constituyan con el fin de desarrollar esta actividad, procurando crear un ambiente competitivo en el cual los usuarios puedan beneficiarse y obtener una mayor calidad del servicio pues las empresas tendrán como objetivo primordial atender los requerimientos de la comunidad.

Sin embargo la libertad otorgada a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos no es absoluta ya que en principio la obligación de prestar los servicios públicos se encuentra en cabeza del Estado por tanto aunque este no preste los servicios directamente siempre tendrá la obligación de velar por la prestación eficiente de los servicios, teniendo la labor de supervisar, controlar y vigilar a todas las entidades prestadoras de servicios públicos velando para que presten el servicio de acuerdo a la naturaleza pública y social del mismo, por esta razón el Estado debe desarrollar un papel como fortalecedor del mercado y estimulador de la actividad privada como medidas para garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos cuando sean prestados por entidades privadas, igualmente el estado debe intervenir para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, junto con la intervención fundamental por parte del Estado para garantizar que las personas de menores ingresos tengan un acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Además de la responsabilidad de vigilancia y colaboración a las empresas privadas por parte del Estado estas tienen también una responsabilidad intrínseca, por el hecho de estar constituidas como empresas son organizaciones base de desarrollo teniendo así una función social, así como por la naturaleza de la

actividad que desarrollan pues se encuentran prestando una función social, lo cual les interpone una limitación pues su actuar debe regirse por el interés general o bien común, dada la responsabilidad social que conlleva la prestación de un servicio público.

Por las anteriores razones es que se ha procurado controlar todas las formas en las cuales la libertad de mercados podría afectar negativamente la prestación del servicio público procurando regular ampliamente esta cuestión para que no sea vea afectada la prestación de los servicios públicos por fenómenos que perturben la libre competencia económica como la competencia desleal, el abuso de la posición dominante y las restricciones indebidas de la competencia.<sup>170</sup>

### **2.1.1 Naturaleza de los servicios públicos**

Los servicios públicos garantizan el cumplimiento de los fines del Estado en concordancia con los objetivos de preponderantes de bienestar social del Estado social de derecho, por eso al momento de desarrollar la destinación del presupuesto, esta se torna prioritaria al determinar el gasto público por encima de cualquier otra asignación, pues se reconoce al gasto social como prioritario, permitiendo de esta manera que la consagración filosófica de mayor bienestar social, de vida digna, igualdad material, satisfacción de necesidades básicas y la creación del instrumento de servicios públicos que faculta al Estado para poner a disposición de los todas las personas los bienes y servicios que permiten el cumplimiento de aquellos fines, se realice atendiendo principios de solidaridad, y atendiendo a las necesidades insatisfechas de cualquier persona que lo requiera, sin tener en cuenta otro criterio diferente al de la necesidad de la prestación de los bienes o servicios fundamentales para el disfrute de una calidad de vida digna.

---

<sup>170</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Bases constitucionales de los servicios públicos*, en: *Segundas jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.2001.

Siempre han existido servicios en cabeza del Estado que atienden principalmente a la idea de satisfacer los intereses que les son comunes a los miembros de una sociedad, a medida que se fue consolidando el Estado, empezaron a aumentar las actividades que podían considerarse servicios públicos y que por tanto debían ser prestados por el mismo, lo anterior obedece entre otros aspectos a la concepción francesa de que “Todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe convertirse en propiedad de la colectividad”<sup>171</sup>, según la cual, todo servicio que adquiriera la calidad de público por la necesidad común que representara para las personas miembros de la comunidad debía ser prestado por el Estado, protegiendo y garantizando de esta manera su prestación.

Como inicial y obligado referente en materia de servicios públicos tenemos el Fallo Blanco, pronunciado en 1873 por el tribunal de conflictos francés, en el cual se acusaba al estado por responsabilidad al incumplir la prestación de un servicio público y en el cual se concluyó que no se aplicarían las normas del código civil, sino que por referirse a esta materia se iba a desarrollar y fallar el proceso de acuerdo a las normas especialísimas reguladoras de los servicios públicos, trasladando cualquier conflicto en este sentido a la esfera de lo público y dando pie a muchas corrientes según las cuales el fin del estado se materializaba en la prestación de los servicios públicos.<sup>172</sup>

Para entender adecuadamente el concepto de servicio público se hace necesario un acercamiento en primer lugar a las teorías de los servicios públicos, para lo cual se hará referencia a las escuelas francesas en virtud de las cuales se ha desarrollado en el derecho colombiano la concepción de servicio público.

---

<sup>171</sup> Francia. CONSTITUCIÓN FRANCESA DEL 27 DE OCTUBRE DE 1946. Citada por: VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 342 y 343.

<sup>172</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 348-350.

Existen principalmente dos escuelas de pensamiento francés la primera; “Escuela del servicio público o de la administración pública” la cual tiene como principales representantes a León Duguit y GasonJeze, el primero de ellos sostenía que los servicios públicos eran actividades que por su gran trascendencia debían ser asegurados, reglados y controlados solo por gobernantes, por su parte, Jeze sostenía que toda actividad que desarrollara la administración pública era servicio público, encontrando que para esta corriente el derecho público en general encontraba su justificación en los servicios públicos y que tal importancia estaba determinada según Duguit, por la interdependencia social, que deriva de la función social de los gobiernos, es decir la obligación de facilitar las actividades que se consideran fundamentales,<sup>173</sup> por tanto, la función administrativa logra gran trascendencia por cuanto era el medio usado para cumplir los fines del Estado proporcionando a los particulares los servicios públicos necesarios en atención al requerimiento social, siendo el Estado el único capacitado para prestar los servicios públicos.

La segunda escuela “Puissance Publique o del poder público” tiene como principal representante a Maurice Hauriou quien minimiza el papel de la función administrativa y destaca el del poder público entendido como la voluntad que ejerce el derecho administrativo en nombre de la personalidad pública de la administración<sup>174</sup> o del Estado, poder de calidad especial que lo posee únicamente el Estado constituido por la soberanía trasladada de sus asociados y por tanto es ese poder público el elemento destacado dentro del derecho público que

---

<sup>173</sup> **LEON. Duguit, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo 2, 1928, p.70-71, Citado por GUINARD, Dorian. Réflexionsactuelles sur la notion de servicepublic o Reflexión actual sobre el concepto de servicio público. EN: Regardscroisés sur l'économie. Ed. La decouverte, 2007. No. 2***

<sup>174</sup> HAURIUO, Maurice. Manual de derecho administrativo y derecho público en general: el uso de licenciatura y doctorado en Ciencias Políticas, París, P. Larose, 1900-1901, p. 227-237.

encontrará la realización de sus facultades solo cuando estas se enfoquen en aras del interés general, siendo esta la meta del servicio público<sup>175</sup>.

Las escuelas anteriormente mencionadas atienden según MARIENHOFF<sup>176</sup>, al criterio orgánico del servicio público el cual se define en razón a la persona o ente que lo presta, entendiendo para ellas que solo el Estado es quien presta los servicios públicos, reconociéndose posteriormente corrientes jurisprudenciales y doctrinales modernas que atendiendo a este mismo criterio reconocen la facultad de prestar servicios públicos a las personas, entes privados o particulares, eliminando así el monopolio de esta actividad de manos del Estado aunque conservando el Estado su vigilancia, control y regulación, criterio adoptado por Colombia y aplicable actualmente al consagrarse en el artículo 365<sup>177</sup> constitucional que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, posteriormente en el mismo artículo y recordando los planteamientos de LEON DUGUIT reserva la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos en cabeza exclusiva del Estado.

Como criterio en contraposición al orgánico encontramos el criterio funcional al cual se adhiere MARIENHOFF; en este criterio no es trascendente quien preste el servicio público, independientemente de que el servicio sea prestado por el Estado o por particulares en concesión, se atiende únicamente al criterio de la necesidad que va a satisfacer el servicio, si al cubrir dicha necesidad estamos actuando en pro del interés general y el bienestar social, por lo tanto, ese servicio, es un servicio público.

---

<sup>175</sup> L. Duguit, *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo 2, 1928, p.70-71, Citado por GUINARD, Dorian. *Réflexions actuelles sur la notion de service public* o Reflexión actual sobre el concepto de servicio público. EN: *Regards croisés sur l'économie*. Ed. La découverte, 2007. No. 2.

<sup>176</sup> MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. P. 3.

<sup>177</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 365.

Es igualmente importante mencionar la clasificación que realizó De Valles sobre los servicios públicos en propios e impropios, “pueden llamarse servicios públicos en sentido propio los que son públicos aun en el aspecto subjetivo, por ser éste el elemento que determina el carácter público de diversos institutos; servicios públicos en sentido impropio los que subjetivamente son actividad privada, y obtienen el nombre, no la calidad, de públicos de la tradición y del uso común, en vista de su función, pero que, aun como actividad privada, se hacen sujetos a un particular régimen publicístico.”<sup>178</sup>, se entiende entonces, como servicios públicos propios los que están reconocidos legalmente con tal calidad y por tanto, su prestación se encuentra a cargo del Estado ya sea directamente o indirectamente a través de particulares mediante concesiones, y por servicios públicos impropios aquellos que no están legalmente reconocidos como tales y por tanto su prestación no se encuentra en cabeza del Estado sino que son prestados por entes privados pero que por su relación con el bienestar social, la satisfacción de necesidades básicas o con los servicios públicos legalmente reconocidos, no atienden a un régimen completamente privado pues el Estado introduce en su regulación aspectos de derecho público que permitan garantizar una estabilidad en el mercado de dichos bienes y servicios que garantice el acceso a ellos por parte de la población y la satisfacción de necesidades básicas en beneficio de la prosperidad general.

De acuerdo a lo comentado por Vidal Perdomo<sup>179</sup> en Colombia, según el decreto legislativo 753 de 1956 se definió los servicios públicos como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el estado directamente o por personas privadas”. Según la anterior definición Colombia se adhirió a la concepción clásica la cual percibe los servicios

---

<sup>178</sup> DE VALLES, Arnoldo. "I servizipubblici", en "Primo Trattato etc.", página 396. Citado En: MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. P. 4.

<sup>179</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 356.

públicos en cuanto atiendan necesidades de interés general, sin embargo se separó de la concepción clásica al facultar a los entes privados para prestar servicios públicos y no dejarlos como actividad exclusiva a cargo del Estado como esgrimía la concepción.

Así mismo la regulación de los servicios públicos en Colombia estableció que quienes prestaran un servicio público no podrían suspender la prestación del servicio a los usuarios, pues para hacerlo se requería expresa autorización del gobierno y en caso de presentarse esta situación el Estado está capacitado para asumir inmediatamente el control y suministro del servicio, retratando la gran responsabilidad que tienen las entidades privadas prestadoras de servicios públicos junto con la intervención del Estado como supervisor de los particulares cuando prestan servicios públicos, los cuales en razón a la actividad específica que desarrollan tienen un régimen especial de limitaciones por atender.

El servicio público en Colombia encuentra su fundamento principal en la constitución política de 1991 en su artículo 365 en virtud del cual:

*“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá*

*indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*<sup>180</sup>

Así, resulta conveniente acudir a algunas definiciones que sobre Servicio Público, presentan algunos doctrinantes:

LEON DUGUIT, entiende el servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los gobernantes, porque este es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser realizado completamente sino por intervención de la fuerza gubernamental.

GASTON JEZE, presenta el servicio público como la satisfacción regular y continua de cierta categoría de necesidades de interés general, con un régimen jurídico especial, régimen que puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.

EL CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, por su parte, expuso en su doctrina jurídica sobre servicio público, al sostener que: “Como estos servicios (policía, correo, transporte por ferrocarril, alumbrado, agua) no pueden ser garantizados pro la iniciativa privada, como constituyen necesariamente el objeto de una organización sistemática que un desorden local la perturbaría por entero, se reserva el monopolio de los mismos el Estado los municipios”

El colombiano CARLOS H. Pareja define el servicio público como “la actividad del Estado, ejecutada directamente, o por medio de concesionarios, encaminada a satisfacer las necesidades de interés general en forma regular continua, mediante procedimientos de derecho público”.<sup>181</sup>

Por su parte el código sustantivo del trabajo en su artículo 430 establece que son servicios públicos: “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades

---

<sup>180</sup> COLOMBIA. Constitución política de Colombia, 1991 artículo 3. En: Secretaria del Senado.

<sup>181</sup> YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p.

de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”.<sup>182</sup>

De acuerdo a YOUNES MORENO, la definición prevista en el artículo 430 del código sustantivo del trabajo, resulta inmejorable pues plantea el servicio público como: “toda aquella actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”<sup>183</sup>

Expuesto lo anterior y acudiendo a lo planteado por Tomás Maldonado Gómez de la Universidad del Norte de la definición de servicio público se pueden extraer las siguientes características:

- Es una actividad organizada.
- Su fin es satisfacer necesidades de interés general.
- Debe ser prestado en forma regular y continua.
- Puede ser prestado por el Estado directamente, o por particulares.
- Debe hacerse bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.
- Debe estar sometido a un régimen especial.<sup>184</sup>

En este mismo sentido se acude a dos formas para establecer la condición de servicio público acudiendo a lo planteado por Aleksey Herrera Robles: La primera

---

<sup>182</sup> COLOMBIA. Código sustantivo de trabajo. 7 Julio de 1951. Diario Oficial No 27.622. En: Secretaria del Senado.

<sup>183</sup> YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p.

<sup>184</sup> MALDONADO G, Tomas. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. En: Actualidad Jurídica. 2010. vol.1 p.43 – 51.

es cuando la Constitución o la ley lo dicen expresamente y la segunda, mediante indicios que conjuntamente dan certeza al respecto; tales indicios son:

- 1) Si hay presencia del Estado.
- 2) Si hay un interés general.
- 3) Si está rodeado de privilegios, prerrogativas, exorbitancia y excepciones con fin al interés general.
- 4) Si tiene una legislación especial, y hay un sometimiento de las diferencias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

#### **2.1.1.1 Servicios públicos esenciales.**

Diferentes normas han señalado y calificado de esenciales determinados servicios, tales como:

- Los servicios prestados por la banca central, Ley 31 de 1992
- Servicios del sistema general de seguridad social en lo relacionado con el reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones, por disposición de la Ley 100 de 1993.
- La administración de justicia, bajo la Ley Estatutaria 270 de 1996
- El servicio que se presta a través de los distintos modos de transporte, Ley 336 de 1996 y
- Los servicios públicos domiciliario, bajo la Ley 142 de 1994.

La definición de si un servicio público es esencial o no, tiene gran importancia frente al derecho de huelga, porque esta no puede declararse en los servicios públicos esenciales, según dispone el artículo 56 de la Constitución.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p. (p.231)

### 2.1.1.2 La gestión de servicios públicos por particulares.

La gestión de los servicios públicos puede hacerla el Estado sin o con la intervención de los ciudadanos, estos pueden participar en su prestación ya sea financiándolos mediante impuestos o en la dirección de las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, adquiriendo esta última una mayor relevancia pues fortalece la democracia al permitir que estas personas a las cuales van dirigidos los servicios públicos tengan participación directa en su prestación.

La prestación de servicios públicos a través de agentes del sector privado puede identificarse dentro de las siguientes modalidades:

- a) *Gestión privada integral*: supone la probabilidad de que un conjunto de personas compitan en el suministro del servicio, así como que recaiga sobre cada una de ellas la responsabilidad total de arbitrar los medios económicos para su prestación y llevar adelante posteriormente su operación.
- b) *El arrendamiento*: como su nombre lo indica, el arrendamiento requiere la existencia previa de los medios o equipos necesarios para la prestación del servicio, los cuales son propiedad del estado y van a ser cedidos, mediante de un canon, a los particulares para ser usados en la explotación del servicio que se trate.
- c) *La concesión*: esta modalidad implica ante todo que la persona o entidad a la que se adjudica el servicio, se haga cargo tanto de su instalación como de su operación. En virtud de ese mayor riesgo, teniendo en cuenta el costo y las características de la instalación, la concesión conlleva generalmente un monopolio en la prestación del servicio.

La concesión se ha convertido en el mecanismo idóneo de vinculación del sector privado con los objetivos del Estado, dentro de la regulación que

hace posible dicha vinculación se pueden resaltar las siguientes disposiciones: numeral 4 y parágrafo 2 del artículo 32 y artículos 33, 34,36 y 37 de la Ley 80 de 1993 y artículos 27, 30, 32,33 y 36 de la ley 105 de 1993, ley 142 de 1994 y decreto 855 de 1994.

- d) *La sociedad de economía mixta:* esta modalidad se presenta cuando una o varias personas públicas se unen con particulares, a efectos de desarrollar o prestar en conjunto un servicio público, esta forma de organización está dispuesta en el artículo 97 de la ley 489 y en el artículo 461 del Código de Comercio.
- e) *Entidades privadas con ánimo de lucro:* de acuerdo al artículo 355 de la constitución política: “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”, de esa manera a través de la ley 489 de 1998 en su artículo 96 autorizo otras formas de gestión mixta de los servicios públicos mediante figuras organizativas como las corporaciones o las asociaciones y fundaciones de participación mixta, dispone dicho texto:

Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- La duración de la asociación y las causales de disolución.<sup>186</sup>

### **2.1.2 Características de los Servicios Públicos Domiciliarios**

Es fundamental resaltar que la carta política identifica dentro del grupo de los servicios públicos a los servicios públicos domiciliarios a los cuales hace una referencia especial<sup>187</sup> que podemos explicar con base a lo manifestado por la corte constitucional en sentencia C 066 de 1997: “Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión

---

<sup>186</sup> YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p.

<sup>187</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 366 y 367.

estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales”<sup>188</sup>. Los servicios públicos domiciliarios adquieren especial relevancia por cuanto como bien sostiene la corte son los servicios que procuran satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocasionando que el incumplimiento o el inadecuado cumplimiento de su prestación pueda poner en peligro derechos fundamentales de la población, lo cual hace que estos sean considerados parámetro para analizar si el Estado está dando cumplimiento a sus fines, procurando a su población las condiciones básicas requeridas para el disfrute de los derechos y libertades promoviendo condiciones efectivas de igualdad.

El servicio público domiciliario es reconocido desde la carta política por ser uno de los servicios públicos con mayor trascendencia ya que hace referencia a la satisfacción de las necesidades básicas de la población logrando que con su prestación se dé cumplimiento a los fines del Estado Social de Derecho procurando un mayor bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población<sup>189</sup>, es por esta razón que el constituyente hizo mención explícita a los servicios públicos domiciliarios, plasmando al respecto que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, resaltando que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares reservando siempre la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios al Estado<sup>190</sup>, razón por la cual determina que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tendrá la función de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 (11, febrero, 1997). MP: Fabio Morón Díaz.

<sup>189</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 366.

<sup>190</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 365.

<sup>191</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 370.

En cuanto a la definición de servicios públicos domiciliarios, el profesor CARLOS ALBERTO ATEHORTUA señala que “son servicios públicos domiciliarios aquellos cuyas prestaciones o recursos son disfrutados desde su domicilio por los usuarios. Además, se prestan a través de redes físicas o humanas y satisfacen necesidades esenciales, calificadas de esta manera por el legislador.”<sup>192</sup>

Así mismo, de acuerdo a la corte constitucional en su fallo T- 578 de 1992 califico de domiciliario a todo aquel servicio público que cumpliera con los siguientes elementos:

- Que el servicio se reciba en el domicilio (puede ser el lugar donde se habita o se trabaja, es decir, en términos más genéricos y amplios el lugar donde las personas puedan ser localizadas).
- Que se preste mediante la utilización de una red física o humana.
- Que a través de los servicios que se presten se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado.<sup>193</sup>

Ahora bien, toda actividad calificada como servicio público domiciliario según ATEHORTUA RIOS lleva implícito los siguientes efectos jurídicos:

- Son inherentes a la función social del Estado, que debe garantizar su eficiente prestación en la totalidad del territorio, en condiciones de soberanía o de interés social, el Estado puede reservarse su prestación.
- Están sometidos al régimen especial que determine la ley, en especial en lo relativo a fijación de competencias y responsabilidades, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario. Las tarifas no pueden reducirse al simple precio económico, esto es, a los costos más la utilidad razonable, ya que además deben incluir un factor de solidaridad y redistribución de ingresos.
- Pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta y también, por las comunidades organizadas o por los particulares.

---

<sup>192</sup> ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios. Proveedores y régimen de controles. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 54.

<sup>193</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 578 de 1992 AVERIGUAR MAGISTRADO PONENTE.

- La regulación, el control y la vigilancia están a cargo del Estado.
- Pueden ser prestados por los municipios cuando las características técnicas económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.
- Pueden ser objetos de subsidios originados en recursos del presupuesto de la nación, de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas.

Los usuarios tienen una protección especial. El control a la gestión empresarial y la protección de los usuarios se le han asignado constitucionalmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.<sup>194</sup> De acuerdo al requerimiento realizado en la Constitución Política<sup>195</sup>, posteriormente se expidió la Ley 142 de 1994<sup>196</sup> una de las principales leyes que regula el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en la cual se estableció que eran servicios públicos esenciales los servicios públicos domiciliarios entendidos como servicio de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía móvil en el sector rural, así mismo, se desarrollaron los requerimientos constitucionales fijando respecto al régimen de servicios públicos domiciliarios las competencias del municipio, el departamento y la nación, las cuales garantizan la intervención estatal con el objetivo de cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo a su vez la libertad de empresa la cual faculta a los particulares para prestar servicios públicos pero sin olvidar que deben atender presupuestos especiales que permitan garantizar la función social por la cual se rigen los servicios públicos.

---

<sup>194</sup> ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios. Proveedores y régimen de controles. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 55.

<sup>195</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. (...) La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

<sup>196</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Diario Oficial Diario Oficial No. 41.433. Esta ley ha sido objeto de modificaciones, principalmente introducidas por las Leyes 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001.

Si bien es cierto se han dado definiciones por parte de alguno doctrinantes, también es cierto que no existe una definición de servicio público domiciliario dada por la ley o por la constitución, frente a lo anterior tan sólo es posible acceder a la enumeración taxativa dispuesta en la ley acerca de cuáles son servicios públicos domiciliarios y su respectiva definición de la siguiente manera:

**A. Servicio público domiciliario de acueducto.** Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

**B. Servicio público domiciliario de alcantarillado.** Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

**C. Servicio público de aseo:** Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.

**D. Servicio público domiciliario de energía eléctrica.** Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

**F. Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada:** Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptuase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen.

**F. Servicio público de larga distancia nacional e internacional:** Es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.

**G. Servicio público domiciliario de gas combustible:** Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria.<sup>197</sup>

En cuanto a la intervención estatal, ésta está fundamentada en los artículos 334, 336 y 365 a 370 constitucionales persigue los siguientes fines consagrados en el artículo 2 de la ley 142 de 1994:

---

<sup>197</sup> AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Los servicios publico domiciliarios. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. 1204 p.

1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.
2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.
3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.
4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.
5. Prestación eficiente.
6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
7. Obtención de economías de escala comprobables.
8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.
9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

Los instrumentos de intervención estatal, son aquellas atribuciones y funciones asignadas a las autoridades, entidades y organismos de que trata la ley 142 relativas a las siguientes materias:

1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos.
2. Gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios.
3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.
4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.
5. Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.
6. Protección de los recursos naturales.
7. Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos.
8. Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.

9. Respecto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

Igualmente todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina la Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.

De lo anterior se puede apreciar que la ley 142 de 1994 recoge los principios universalmente aceptados en relación con el servicio público, tales como el de continuidad, adaptabilidad o mutabilidad, neutralidad, igualdad frente al servicio y obligación del Estado de asegurar su prestación.<sup>198</sup>

Por su parte y en cuanto a la vigilancia del Estado en los servicios públicos y en aras de la defensa de los principios, la ley 142 previó las citadas comisiones y a la superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, siendo el presidente de la república el encargado de señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios en virtud del artículo 370 de la Constitución Política.

La ley prevé las siguientes comisiones de regulación:

- Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.
- Comisión de Regulación de energía y gas combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía
- Comisión de Regulación de telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

A su turno La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es un organismo de carácter técnico, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial. El superintendente obrará con plena autonomía al cumplir las funciones que se deriven de la Constitución y la Ley, actuara con independencia de las comisiones y con la inmediata colaboración de los superintendentes delegados, tanto el

---

<sup>198</sup> YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p.

superintendente como los delegados serán de libre nombramiento y remoción del presidente de la república.

### **2.1.2.1 Competencia de los servicios públicos domiciliarios**

**A. Municipios:** de acuerdo al artículo 311 de la Constitución Política, son funciones de los municipios:

- Asegurar que se preste a sus habitantes, eficientemente, todo los servicios domiciliarios. Por empresas de servicios públicos, ya sean oficiales, privadas o mixtas o en forma directa por el mismo municipio.}
- Asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de los operadores de servicios públicos domiciliarios en el municipio.
- Disponer que se otorguen subsidios a los usuarios de mejores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio.
- Estratificar los inmuebles residenciales
- Establecer una nomenclatura alfanumérica precisa, con el fin de individualizar cada inmueble al que se suministren servicios.
- Apoyar con inversiones, principalmente a las empresas de servicios públicos domiciliarios promovidas por la Nación y los departamentos.

De acuerdo a la ley 60 de 1993 a los municipios les corresponde promover y fomentar la participación de las entidades privadas, comunitarias y sin ánimo de lucro en la prestación de los servicios municipales, celebrando contrato con ellas.

**B. Departamentos:** las funciones de los departamentos son de coordinación, apoyo y complementariedad de los municipios, sujetas a las disposiciones expedidas por las asambleas departamentales y que comprenden:

- Asegurar la prestación en el respectivo departamento de las actividades de transmisión de energía eléctrica, bien sea por empresas oficiales, privadas o mixtas.

- Suministrar apoyo financiero, técnico y administrativo a las empresas de servicios públicos domiciliarios que operen el departamento o a los municipios que sean operadores directos y a las empresas organizadas en las cuales haya participación de la Nación o del departamento.
- Organizar sistemas de coordinación de las entidades prestadoras de estos servicios, y cuando técnica y económicamente sea aconsejable, promover las asociaciones de municipios para la prestación de servicios y la celebración de convenios interadministrativos con el mismo fin.

**C. Nación:** respecto a la prestación de servicios públicos domiciliarios las funciones de la nación son las siguientes:

- En forma privativa, la planificación, la asignación, la gestión y el control de uso tanto del espectro electromagnético como del gas combustible, este último por medio de empresas oficiales, mixtas o privadas.
- Asegurar que se realicen en el país, por empresas oficiales, privadas o mixtas, las actividades de generación e interconexión a las redes nacionales de energía eléctrica, la interconexión a la red pública de telecomunicaciones y las actividades de construcción, comercialización y operación de gasoductos y de redes para otros servicios que surjan por el desarrollo tecnológico y que requieran redes de interconexión, según concepto previo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.
- Suministrar apoyo financiero, técnico y administrativo a las empresas de servicios públicos, a los municipios que sean operadores directos y a las empresas organizadas en las cuales exista participación de la Nación o de los departamentos y a las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a una o varias cooperativas o empresas asociativas de naturaleza cooperativa.
- Procurar por la protección, la conservación y la recuperación de los recursos naturales o ambientales que se utilicen en la generación,

producción, transporte y disposición final de los servicios públicos domiciliarios.

- Excepcionalmente, puede prestar directamente los servicios públicos domiciliarios, cuando los departamentos y los municipios no tengan la capacidad suficiente<sup>199</sup>

## **2.2 EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SU RÉGIMEN CONTRACTUAL**

### **2.2.1. Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

Si bien es cierto de acuerdo al artículo 367 de la Constitución Política los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación, vale traer a colación que la prestación de servicios públicos por parte del Estado ha disminuido permitiendo la entrada a los particulares en la operación de servicios públicos domiciliarios, esto en razón a la propuestas de descentralización y de privatización como al logro de mayores grados de calidad y eficiencia.

La constitución Política establece en su artículo 365<sup>200</sup> establece que podrán prestar los servicios públicos, el estado directa o indirectamente, las comunidades organizadas o los particulares, a este respecto la corte constitucional manifestó:

---

<sup>199</sup> AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Los servicios publico domiciliarios. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. 1204 p.

<sup>200</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. Capítulo 5. ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas

*Los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.<sup>201</sup>*

De lo anterior podemos evidenciar que independientemente del tipo de entidad que preste el servicio público y de su naturaleza esta pertenecerá a un régimen jurídico especial, en razón a la relevancia y exclusividad de su actividad como es la prestación de los servicios públicos como materialización de la finalidad social del Estado, por lo cual se regirá por las normas especiales que regulen la materia.

---

actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

<sup>201</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736. 19 de septiembre del 2007. MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

### 2.2.1.1 Modos de gestión o prestación

De acuerdo a lo anterior y a lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por parte de:

- A. Las empresas de servicios públicos.
- B. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.
- C. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos.
- D. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.
- E. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional.<sup>202</sup>

De acuerdo a AYALA CALDAS y a lo dispuesto en la Ley 142, los operadores de los servicios públicos domiciliarios pueden ser:

- A. **Empresas de servicios públicos:** con una característica especial, son monopolios naturales justificando dicha posición en la tecnología de producción o el acceso a los insumos se caracteriza porque quien primero entre al mercado adquiere ventajas que excluyen de una vez el surgimiento de competidores, los principales operadores de los servicios públicos domiciliarios son las denominadas Empresas de Servicios Públicos E.S.P., que son personas cuya esencia es comercial, por cuanto su constitución se hace forma de sociedad mercantil, con ánimo de lucro, actúan en un régimen de libertad de empresa y su capital está representado por acciones.

---

<sup>202</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Diario Oficial Diario Oficial No. 41.433. Esta ley ha sido objeto de modificaciones, principalmente introducidas por las Leyes 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001. Artículo 14. # 5, 6 y 7.

- B. **Operadores marginales:** son las personas naturales o jurídicas que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal. Están bajo el imperio de la Ley 142 pero no se les exige que se constituyan como Empresas de Servicios Públicos E.S.P. a menos que la comisión de regulación se lo exija.
- C. **Los municipios:** los municipios son prestadores de servicios públicos domiciliarios cuando las características técnicas y económicas y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, de mismo modo es una prestación subsidiaria si se quiere porque ella solo se prestara cuando los particulares o personas privadas no están interesados en su prestación, o no lo puedan prestar; o cuando después de estas manifestaciones de los entes privados se invite públicamente a otras entidades estatales como la Nación, el departamento o a otros municipios, y estos igualmente contesten negativamente a ese ofrecimiento. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. De esta forma cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá

invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar.<sup>203</sup>

**D. Organizaciones con autorización especial:** estos operadores solo pueden funcionar en los municipios que hayan sido reconocidos como menores en su zonas rurales por la ley o por la Comisión de regulación, para compensar sus condiciones de subdesarrollo o infra desarrollo, o cuando haya carencia de determinados servicios públicos domiciliarios; por ello son tratados en forma privilegiada, este privilegio se extiende a los organismos que se encarguen de las prestación de estos servicios en algunas zonas o áreas urbanas específicas, tan solo se les exige un documento privado conforme a la normas comerciales, que las convierta en sociedad mercantil.

**E. Las empresas industriales y comerciales del Estado:** las entidades oficiales y públicas que hayan venido suministrando el servicio deben convertirse a este tipo de empresa, de lo contrario tendrán que transformarse en una entidad societaria por acciones. El propósito es lograr autonomía administrativa, financiera y presupuestal de estas empresas.<sup>204</sup>

Mas exactamente y en lo que respecta exclusivamente con las EMPRESAS PUBLICAS, como aquellas que presentan como rasgos comunes la **finalidad** (intervención, acción sobre el conjunto del economía o sobre sectores específicos), **el objeto** (desarrollo de actividades industriales y comerciales), **el régimen jurídico** ( reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales), la **integración de su capital** ( con recursos del Estado, de manera exclusiva o con

---

<sup>203</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Diario Oficial Diario Oficial No. 41.433. Esta ley ha sido objeto de modificaciones, principalmente introducidas por las Leyes 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001. Artículo 14. # 5, 6 y 7.

<sup>204</sup> AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Los servicios publico domiciliarios. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. 1204 p.

conurrencia de aportes particulares) y finalmente, la injerencia predominante y decisiva del Estado en la gestión, mediante acción directa, interna o a través de mecanismos externos de control.

En la categoría de Empresas Publicas se incluyen las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público o entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta.

De acuerdo a AYALA CALDAS el concepto de empresa pública, en el derecho colombiano, es de formación más doctrinaria que legal. Las mismas deben consultar y cumplir criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia para el logro de sus objetivos y metas. Las empresas de servicios públicos en Colombia tienen a su cargo única y exclusivamente la gestión de servicios públicos domiciliarios.<sup>205</sup> En atención a este punto es trascendente resaltar los comentarios que al respecto de esta ley y al respecto del régimen jurídico de los servicios públicos hace ARANGO FRANCO<sup>206</sup>, cuando identifica que la ley 142 de 1994, distingue tres clases de empresas prestadoras de los servicios públicos que ella regula:

*14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

*14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

*14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas*

---

<sup>205</sup> *Ibíd.*, p. 1115.

<sup>206</sup> ARANGO FRANCO, Jorge León. Derecho Administrativo: estructura de la administración pública. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2013. pp. 160-161.

*de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.*<sup>207</sup>

De acuerdo a lo comentado por VIDAL PERDOMO<sup>208</sup> existen principalmente tres formas de organización encargadas de la atención de los servicios públicos, el establecimiento público, la empresa estatal o la sociedad de economía mixta, los cuales se diferencian entre sí atendiendo un criterio especial de necesidades, siendo el primero de ellos el encargado de las funciones que implican autoridad y que han sido tradicionalmente monopolios del estado, la segunda forma, es utilizada para las actividades que bien pudieran estar a cargo de los particulares, o que lo están parcialmente y que son generalmente de índole industrial y comercial o que puedan manejarse con ese criterio, pero en las cuales el capital privado participa en una mínima medida influenciado también por el interés que tiene el estado de participar en la gestión de estas actividades especialmente para disminuir el costo de prestación al público y poner dichos servicios a disposición de toda la población, la tercer forma de organización atiende la misma actividad de la anterior, pero en la cual existe una participación ciudadana en la financiación de las organizaciones prestadoras enmarcada en la figura de sociedad anónima.

En el mismo sentido con respecto a la naturaleza de estas empresas se expresa que son, sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustibles y otros servicios previstos en normas especiales, como bien lo define la ley 142 de 1994<sup>209</sup>, o realizar una o varias de las actividades complementarias al servicio público.

---

<sup>207</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Diario Oficial Diario Oficial No. 41.433. Esta ley ha sido objeto de modificaciones, principalmente introducidas por las Leyes 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001. Artículo 14. # 5, 6 y 7.

<sup>208</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 346.

<sup>209</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 17, 18 y 1°.

El objeto de las empresas prestadoras de servicios públicos no será limitado toda vez que cumplan eficientemente con la prestación del servicio o realización de su objeto, sin embargo la empresa que tenga diversos objetos deberá llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que preste.

Es relevante mencionar la aclaración o excepción a las tres formas de empresas prestadoras de servicios públicos ya mencionadas que se encuentra en el párrafo 1° del artículo 17 de la ley 142 de 1994, cuando declara que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado, pero obedecerán mientras presten servicios públicos al régimen jurídico especial establecido para su prestación.

#### **2.2.1.2 Régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.**

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por el régimen jurídico plasmado en el artículo 19 la ley 142 de 1994<sup>210</sup>, en este sentido:

*El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P." y su duración podrá ser indefinida. Al momento de su constitución los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe, la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse cuyo estado o avances deben reflejarse en los estados financieros.*

---

<sup>210</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 19.

*“Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros, le capital de la empresa se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables. En las asambleas, los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios. En todo caso, la empresa no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.*

*En cuanto al ámbito territorial de operación, las empresas de servicios públicos “pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio.” También pueden desarrollar su objeto en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas.*

*Con el fin de facilitar el control, inspección y vigilancia de las empresas de servicios públicos, las actas de sus asambleas se deben conservar y se enviará copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.”<sup>211</sup>*

*La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista, en caso de disolución deben realizar todas las acciones tendientes para*

---

<sup>211</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736. 19 de septiembre del 2007. MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*la no interrupción de la prestación del servicio y deberán informar a la Superintendencia de Servicios Públicos.*

Las empresas prestadoras de servicios públicos requerirán para funcionar y prestar el servicio público para el cual se constituyeron cumplir diferentes requisitos que obedecerán a cada servicio público o las actividades específicas que realicen de acuerdo a lo manifestado en los artículos 25 y 26 de la ley 142 de 1994<sup>212</sup>, en este sentido, las empresas que pretendan usar las aguas y el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos deberán suscribir contrato de concesión u obtener licencia de las autoridades competentes. También deberán obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios, para garantizar la protección del medio ambiente, siendo obligación de quienes presten servicios públicos, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado, a través de contratos de concesión.

Igualmente deberán solicitar ante el municipio los permisos que requieran para la instalación de redes y la provisión de los bienes y servicios que estas proporcionen, en la parte subterráneo de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público en función de la prestación de servicios públicos, los cuales deberán ser otorgados por las autoridades municipales cuando estén acorde a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; en todo caso las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen pues las empresas son responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes.

---

<sup>212</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 25 y 26.

Acudiendo al análisis sobre el régimen jurídico aplicable a las sociedades prestadoras de servicios públicos realizado por la corte constitucional<sup>213</sup> tenemos que para esta es indiferente que dichas sociedades sean públicas, privadas o mixtas ya que cuando su objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios antes de ser sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, serán entidades de naturaleza especial, calidad que atiende a su objeto el cual les obliga a cumplir la regulación especial dispuesta para la prestación adecuada de los servicios públicos domiciliarios, atendiendo este carácter especial a la función social desarrollada con su prestación que como se consagra constitucionalmente constituye finalidad social del Estado.

Tenemos entonces que existen empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios públicas u oficiales, de economía mixta y privadas, de las cuales no es relevante destacar si son completamente públicas, privadas o de economía mixta si fusionan los dos regímenes anteriores ya que como lo menciona la corte estas empresas funcionan con un régimen especial que procura controlar y vigilar la adecuada prestación del servicio público cumpliendo efectivamente con su función social, atendiendo la normatividad específica que regule la materia; por tanto lo que adquiere relevancia después de conocer las clases de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de identificar que dichas empresas no tienen un régimen jurídico en atención a la calidad del capital que las constituye es decir, las empresas constituidas con la mayoría o la totalidad de capital público se regirían por un régimen jurídico público o que las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a los particulares respondería a un régimen jurídico privado, sino independiente a la calidad correspondiente a su constitución atienden a un régimen jurídico especial aplicable a todas las clases de empresas en cuanto realicen la función de prestar servicios públicos, serán cobijadas

---

<sup>213</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007) MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

entonces por la regulación legal expedida en relación con el desarrollo de esta función; es identificar cual es el régimen jurídico que aplican dichas empresas en los actos que expiden o aún más relevante pero siguiendo la misma línea, cual es el régimen jurídico que aplican dichas empresas en su actividad contractual; atenderá entonces en este caso a la definición pública, privada o mixta de la empresa o al régimen especial y general que las cobije a todas no en razón a su naturaleza pública, privada o mixta sino en atención al objeto que desarrollan, la prestación de servicios públicos domiciliarios.

En ocasión de lograr la aplicación de un régimen jurídico más garantista en la prestación de los servicios públicos domiciliarios que promueva el cumplimiento de la función social para la cual fueron instituidos y por tanto el cumplimiento de los fines del Estado, el legislador fortaleció su sistema jurídico en general al igual que su normatividad en la gestión contractual al incluir un mayor número de principios los cuales deben acatar dichas entidades en desarrollo de su actividad contractual cuando con la ley 1150 de 2007, incluye además de los principios generales consagrados en la ley 142 de 1994 que ya se encontraban vigentes, los principios constitucionales de la función administrativa<sup>214</sup>, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y los principios de la gestión fiscal<sup>215</sup>, eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.

Desde la normatividad constitucional se buscó la coordinación de las entidades prestadoras de servicios públicos que tuvieran actividades similares, aunque en la realidad dicho mandato no ha sido completamente acatado pues dichas entidades han dado primacía a su autonomía de funcionamiento rehusándose a trabajar

---

<sup>214</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>215</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 267.

armónicamente ocasionando un panorama en el cual un mismo servicio es atendido por diferentes entidades, sin ninguna articulación entre ellas ocasionando un aumento correlativo en los costos<sup>216</sup> y perjudicando de esta manera a la población objeto de dicho servicio público.

### **2.2.2 Régimen Contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

El régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos fue designado según el artículo 365 constitucional para ser regulado legalmente, por lo tanto el legislador profirió la ley 142 de 1994, ley 143 de 1994, ley 689 de 2001 y ley 632 de 2000, en las cuales reglamento el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo a lo anterior nos adentraremos en el estudio del régimen jurídico contractual de los servicios públicos domiciliarios con base en la normatividad anteriormente mencionada, no sin antes advertir que cualquier vacío legal deberá llenarse con las disposiciones del código civil y código de comercio que sean consecuentes de acuerdo con lo plasmado en el artículo 132 de la ley 142 de 1994.<sup>217</sup>

Así mismo la siguiente regulación del régimen de contratación en las empresas prestadoras de servicios públicos deberá interpretarse de acuerdo con los

---

<sup>216</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 347-348.

<sup>217</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 132. Régimen legal del contrato de servicios públicos. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

principios generales aplicables al régimen jurídico de servicios públicos domiciliarios retratados en el título preliminar de la ley 142 de 1994 y los principios del artículo 30 de dicha ley, procurando un desempeño que garantice en la mayor medida posible la libre competencia, la continuidad y calidad en la prestación de los servicios y que impida los abusos de la posición dominante.

En este sentido con respecto al régimen de la contratación de los servicios públicos se manifiesta la ley 142 de 1994 en su artículo 31, el cual fue modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, expresando que:

*Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.<sup>218</sup>*

Del artículo anterior obtenemos el pronunciamiento legal según el cual los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos no se rigen por el estatuto general de contratación, de acuerdo a la naturaleza de régimen especial y excepcional que constituyen los servicios públicos domiciliarios, sino que se regirán por el derecho privado como se establece en el artículo 32 de la ley 142 de 1994<sup>219</sup> para todos los actos que realicen las empresas prestadoras de servicios públicos, teniendo esta como la regla de general

---

<sup>218</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 31.

<sup>219</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 32. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

aplicación para sus actos ya que se advierte que se aplicara una normatividad diferente al derecho privado exclusivamente cuando la ley expresamente haya realizado tal salvedad.

Encontrando que expresamente la ley consagra algunas excepciones, para las cuales se establece que en dichos contratos o actividades no regirá el derecho privado, sino que les es aplicable el estatuto general de contratación de la administración pública y en este sentido las controversias que por estas suscitan se llevaran ante la jurisdicción contenciosa administrativa, estas son:

- Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente.<sup>220</sup>
- Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública.<sup>221</sup>
- El ejercicio de la regulación vigilancia y sanción.<sup>222</sup> El estado se reservó las funciones de regulación y control, como actividades típicamente administrativas, orientadas a preservar el interés público, prevenir y sancionar conductas abusivas de la competencia, proteger la competencia

---

<sup>220</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 39 # 1 y párrafo.

<sup>221</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Párrafo del artículo 31.

<sup>222</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículos 62-85.

entre prestadores, promover la conformación de mercados competitivos y proteger el interés del consumidor de servicios.<sup>223</sup>

- Las cláusulas exorbitantes.<sup>224</sup> Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos tipos de contratos. Todo lo dispuesto en dichas cláusulas se regirá por lo dispuesto en la ley de contratación administrativa y estas cláusulas estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>225</sup>
- Contratación de áreas de servicio exclusivo.<sup>226</sup> Por motivos de interés social y con el propósito de extender las coberturas de algunos servicios a personas de bajos ingresos, se podrán establecer áreas de servicio exclusivo, las cuales se deben establecer mediante invitación pública y con autorización previa de la comisión de regulación respectiva.<sup>227</sup>
- Facultades especiales para la prestación de servicios públicos.<sup>228</sup> Quienes presten servicios públicos, independientemente de la naturaleza jurídica y patrimonial de la empresa, cuentan con una serie de prerrogativas para el uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, constituir servidumbres o enajenación forzosa de bienes necesarios para prestar

---

<sup>223</sup> ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. Et al. Compilador, ARCINIEGAS, Felipe de Vivero. Contratación estatal: Aspectos controversiales: Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Ediciones Uniandes, 2006. pp. 223.

<sup>224</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 31.

<sup>225</sup> ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. Et al. Compilador, ARCINIEGAS, Felipe de Vivero. Contratación estatal: Aspectos controversiales: Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Ediciones Uniandes, 2006. pp. 223.

<sup>226</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 40.

<sup>227</sup> ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. Et al. Compilador, ARCINIEGAS, Felipe de Vivero. Contratación estatal: Aspectos controversiales: Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Ediciones Uniandes, 2006. pp. 223.

<sup>228</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 33.

dichos servicios. Se someten al control de la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>229</sup>

Manifestándose la regla general de aplicación del derecho privado en los demás contratos que se celebran para la gestión y con ocasión a la prestación de los servicios públicos, establecidos en el artículo 36 # 2, 3, 4, 5 y artículo 128 de la ley 142 de 1994:

- Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos.
- Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.
- Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la

---

<sup>229</sup> ARRIETA, óp. cit. pp. 224.

prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

- Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa
- Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

Este último contrato es por regla general el contrato de servicios públicos domiciliarios, pues es mediante el cual la empresa prestadora del servicio público domiciliario suscribe contrato con el usuario y se obliga a prestar el servicio público; dicho contrato se caracteriza por ser un:

- **Contrato de carácter mixto, es decir se rige por el derecho público y por el derecho privado.** Es público, en cuanto a las obligaciones y derechos de orden público económico y social establecidos en la ley 142 de 1994 a las partes; y privado, en cuanto a la autonomía de la voluntad de las empresas para establecer las condiciones “uniformes o especiales”, y para los “usuarios” en cuanto a la autonomía de la voluntad para “contratar o no los servicios públicos”, así como por la referencia a los códigos de comercio y civil.

- **Contrato consensual, uniforme, de adhesión, bilateral, conmutativo y oneroso.** Es consensual porque no requiere formalidad especial para su perfeccionamiento. Es uniforme porque las cláusulas o condiciones son idénticas para todos los usuarios. Es de adhesión porque las cláusulas o condiciones contractuales son establecidas de manera unilateral por las empresas y aceptadas forzosamente y sin reserva por los usuarios. Es bilateral porque implica la participación de dos partes, una que ofrece y otra que demanda el servicio. Es conmutativo porque supone obligaciones equivalentes entre las partes, la empresa presta el servicio, y el usuario para un precio. Es oneroso porque el precio es el elemento principal del contrato, dado que no existe exoneración ni gratuidad en la prestación de los servicios públicos.
- **Es un contrato solidario entre el propietario o poseedor del inmueble y el suscriptor o usuario del servicio,** aunque esta característica queda reducida a dos (2) periodos consecutivos de facturación para los ciclos bimensuales o (3) periodos para los ciclos mensuales, siempre que la empresa incumpla la obligación de suspender el servicio, de acuerdo con lo establecido en la ley 689 de 2001, artículo 18, que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994.<sup>230</sup>

Al respecto es importante mencionar que actualmente se está discutiendo un proyecto de ley que pretende reformar el régimen tarifario, comercial, contractual, ambiental y de participación ciudadana de la ley 142 de 1994 y establecer un nuevo contrato social de los servicios públicos, el cual en caso de aprobarse modificaría el contrato de servicios públicos, ya que incorporaría los conceptos de participación ciudadana e igualdad jurídica entre las partes pretendiendo que las cláusulas leoninas o ambiguas sean interpretadas a favor del adherente, así como que el juez no presuma legales dichas cláusulas, sino que en caso de

---

<sup>230</sup> PULIDO SIERRA, Luis Jaime. Servicios públicos domiciliarios, estudio crítico del régimen legal, contractual y de los derechos de los usuarios. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. pp 118-119.

controversias contractuales estén sean sometidas a la sana crítica; igualmente se buscaría garantizar el derecho a la propiedad ya que se exigiría en casos de arrendamiento la autorización autenticada del propietario o arrendador para solicitar nuevas acometidas e independización de los servicios públicos.<sup>231</sup>

Son igualmente aplicables a todos los anteriores contratos y en general a todos los contratos que surjan en el desarrollo de la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos las siguientes cláusulas especiales reguladas en el artículo 36 de la ley 142 de 1994, en atención a la calidad de excepcional o especial de los contratos celebrados en torno al régimen de los servicios públicos domiciliarios:

- Podrá convenirse que la constitución en mora no requiera pronunciamiento judicial.
- Las donaciones que se hagan a las empresas de servicios públicos no requieren insinuación judicial.
- A falta de estipulación de las partes, se entiende que se causan intereses corrientes a una tasa mensual igual al promedio de las tasas activas del mercado y por la mora, a una tasa igual a la máxima permitida por la ley para las obligaciones mercantiles.
- Si una de las partes renuncia total o parcialmente, y en forma temporal o definitiva, a uno de sus derechos contractuales, ello no perjudica a los demás, y mientras tal renuncia no lesione a la otra parte, no requiere el consentimiento de ésta, ni formalidad o solemnidad alguna.
- La negociación, celebración y modificación de los contratos de garantía que se celebren para proteger a las empresas de servicios públicos se someterán a las reglas propias de tales contratos aún si, para otros efectos, se considera que son parte integrante del contrato que garantizan.

---

<sup>231</sup> PULIDO SIERRA, Luis Jaime. Servicios públicos domiciliarios, estudio crítico del régimen legal, contractual y de los derechos de los usuarios. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. pp 276-277.

- Está prohibido a las instituciones financieras celebrar contratos con empresas de servicios públicos oficiales para facilitarles recursos, cuando se encuentren incumpliendo los indicadores de gestión a los que deben estar sujetas, mientras no acuerden un plan de recuperación con la comisión encargada de regularlas.

En este mismo sentido son aplicables a ciertos contratos de cualquier empresa de servicios públicos según se establece en el inciso segundo del artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, al arbitrio de las comisiones de regulación en materia de contratación, la inclusión de cláusulas exorbitantes.<sup>232</sup>

Por último es igualmente importante resaltar que en caso de recaer una nulidad sobre un acto o contrato relacionado con los servicios públicos, dicha nulidad solo producirá efectos hacia el futuro y si en razón a dicha nulidad o la acción interpuesta se requiere reparar a la persona afectada, la indemnización se dará en dinero, como una forma de proteger la prestación del servicio público a los demás usuarios y no afectar la ejecución de otros contratos.

### **CAPITULO 3. MATERIALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

#### **3.1 SELECCIÓN OBJETIVA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Hasta el momento se ha planteado conforme al modelo de Estado social de derecho, la importancia de la gestión contractual como manifestación y

---

<sup>232</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 31 inciso 2.

herramienta fundamental para el desarrollo de los fines estatales, así mismo, la relevancia de la función administrativa y el papel de la misma en la contratación administrativa.

Por otro lado, también se explicó el contexto del Estatuto de Contratación, junto con las novedades implementadas de acuerdo al modelo económico y social de la Carta Política de 1991, finalmente se presentó un esquema e identificación de las excepciones presentadas a este estatuto junto con la razón jurídica de las mismas, no sin advertir y dejar claro, que por su naturaleza los principios que del estatuto se desprenden y por la fuerza normativa propia de los mismos, éstos, no pueden ser omitidos, ni descartados en toda gestión contractual sea ya de una entidad que deba aplicar en su totalidad La ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y su respectiva reglamentación incluyendo el decreto 1510 de 2013, sino que dicha base principialista aplica de manera inexcusable en regímenes exceptuados, toda vez que estos pese a su carácter especial, deben cumplir con los fines estatales e interés general, base y soporte del Estado social de Derecho.

Expuesto lo anterior y de acuerdo al objetivo del presente trabajo, se procederá a poner de presente lo que se entiende por selección objetiva, legal, doctrinal y jurisprudencialmente, para proceder a realizar un contraste de lo estudiado con lo dispuesto en los manuales de contratación de las empresas seleccionadas para los fines AMB y ESSA.

### **3.1.1 Principios Aplicables a la Gestión Contractual de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.**

Después de abordar el régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos y las reglas especiales que rigen la contratación en dicho régimen atendiendo su carácter excepcional, es pertinente referirnos a los principios que independiente del régimen jurídico aplicable a las empresas

prestadoras de servicios públicos domiciliarios los cuales deben ser observados estas y regulan en el término más amplio su actividad contractual.

Encontrando en este sentido que la ley 1150 de 2007 estableció expresamente los principios aplicables a la actividad contractual de las entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública o entidades con un régimen especial o excepcional como lo es el régimen de los servicios públicos domiciliarios, estableciendo que:

*Aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal<sup>233</sup>.*

Estableciendo que la actividad contractual en el régimen de los servicios públicos domiciliarios en tanto régimen especial, estará orientada por los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal plasmados en los artículos 209 y 267 respectivamente.

Tenemos entonces según el artículo 209<sup>234</sup> de la Constitución Política que son aplicables a la actividad contractual surgida en desarrollo de los servicios públicos domiciliarios los principios de la función administrativa:

---

<sup>233</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio del 2007. Art. 13.

<sup>234</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<b>IGUALDAD</b>
<b>MORALIDAD</b>
<b>EFICACIA</b>
<b>ECONOMIA</b>
<b>CELERIDAD</b>
<b>IMPARCIALIDAD</b>
<b>PUBLICIDAD</b>

Tabla 1. Fuente (Las autoras) Artículo 209 Constitución Política

En este mismo sentido tenemos que también serán aplicables a la actividad contractual del régimen de los servicios públicos en razón de la vigilancia de la gestión fiscal de acuerdo a los artículos 267<sup>235</sup> constitucional y artículo 8<sup>236</sup> de la ley 42 de 1993 que es la que regula específicamente el control fiscal y la cual es aplicable ya que en su artículo 2<sup>237</sup> revela que son sujetos de control fiscal y por

<sup>235</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. 1991. Artículo 267.” El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. ...La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”

<sup>236</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 26 de enero de 1993. Artículo 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

<sup>237</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 26 de enero de 1993. Art. 2. Artículo 2º.- Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la

tanto están sujetos a las disposiciones de dicha ley los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, los principios de:

CONST. POLT. ART. 267	LEY 42 DE 1993. ART. 8
<b>EFICIENCIA</b>	<b>ECONOMIA</b>
<b>ECONOMIA</b>	<b>EFICIENCIA</b>
<b>EQUIDAD</b>	<b>EFICACIA</b>
<b>VALORACION DE LOS COSTOS AMBIENTALES</b>	<b>EQUIDAD</b>
	<b>VALORACION DE LOS COSTOS AMBIENTALES</b>

Tabla 2 Fuente (Las autoras) Artículo 267 constitucional y Artículo 8 Ley 1993

Se aplicaran igualmente a la actividad contractual del régimen de los servicios públicos domiciliarios los principios generales contenidos en el título preliminar de la ley 142 de 1994, que es ley especial proferida con el fin de regular dicho régimen, los cuales son identificados y desarrollados por POVEDA GÓMEZ<sup>238</sup>, en su texto los servicios públicos.

**Libertad de empresa:** cualquier empresa o asociación que cumpla con los requerimientos técnicos y demás previstos en la ley, está en la libertad de organizarse como prestador del servicio.

---

Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

<sup>238</sup> POVEDA GOMEZ, Abdón Alejandro. Servicios públicos domiciliarios la calidad de vida, un derecho fundamental de la persona. Medellín, Biblioteca JurídicaDike, 2010. pp. 19-21 Citado en: ROMERO RODRIGUEZ, Laura Alejandra. Relación entre servicios públicos domiciliarios de agua y saneamiento básico sobre procesos de asentamientos urbanos. Estudio de caso: ciudad porfía (asentamiento informal) y villa codem (asentamiento formal), Villavicencio, 1983 – 2013. Algunos principios de los servicios públicos domiciliarios. pp.17-21.

**Libertad económica:** quien presta los servicios públicos puede ser de naturaleza pública, privada o mixta.

**Libertad de elección del prestador y del servicio:** cada usuario está en la libertad de escoger la empresa que desee y los servicios que el oferente da. No es el municipio quien decide la provisión de los servicios públicos domiciliarios sino la comunidad.

**Transparencia y neutralidad:** tanto de la empresa como del usuario. La información detallada sobre el contrato de prestación del servicio, de la facturación y de los cambios que en su relación se den deben ser reales y estar a la mano de las dos partes involucradas.

**Igualdad y no discriminación:** todos los ciudadanos tienen el derecho al acceso a servicios públicos en igualdad de condiciones. Sucede lo mismo con las empresas que quieren entrar al mercado de los servicios públicos.

**Libertad de información:** La información se constituye como uno de los elementos más importantes para generar confianza entre el usuario y la empresa prestadora de servicio.

**Universalidad.**

**Solidaridad:** relacionado con el papel que debe cumplir el Estado frente a la redistribución del ingreso.

**Suficiencia financiera de la tarifa:** Supone un modelo financiero sostenible frente a la tarifa y los gastos de producción.

**Eficiencia económica:** La empresa prestadora de servicios públicos genera procesos productivos con mayores beneficios y rendimientos, vistos no solo en términos económicos. La gestión y planeación a corto, mediano y largo plazo están presentes en este principio.

**Control social:** Los ciudadanos tienen el derecho y deber de ejercer un control, vigilancia y seguimiento para hacer valer sus derechos. De esta manera se da el equilibrio del mercado y no se generara una preponderancia por parte de la empresa prestadora de servicio público.

**Sostenibilidad:** Para lograr confianza en la relación usuario – empresa es necesario que quien preste el servicio público use mecanismos que posibiliten la continuidad y permanencia del servicio. Además, debe cumplirse con la función social y ecológica de la propiedad de la que tanto se habla en la Constitución Política de Colombia más aún cuando se habla de servicios públicos domiciliarios.

**Especialidad.** Quien ofrezca el servicio público debe tener un objeto, un objetivo y unos mecanismos puntuales con calidad y eficiencia.

**Equilibrio contractual.** La prestación del servicio está traducida en el pago de una tarifa que la empresa oferente garantiza como real y de calidad.

A este respecto es pertinente complementar con respecto al principio de solidaridad, que existe con el fin de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a toda la población independiente de sus condiciones económicas, con este fin el principio de solidaridad funciona desde dos perspectivas, la primera mediante la creación de fondos de solidaridad de acuerdo a los cuales se subsidiaran los servicios públicos de las personas de estratos inferiores para garantizar su acceso a todos los niveles de la población, la segunda, establece que de acuerdo con el principio de solidaridad el propietario, el usuario y el tenedor del bien inmueble tienen una responsabilidad solidaria limitada frente a la obligación legal de cumplir con el pago de los servicios públicos,<sup>239</sup> en este sentido se ha manifestado en diversas oportunidades la corte constitucional limitando el alcance de dicha solidaridad, en este sentido, expresa:

---

<sup>239</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Ley 142. 11 de julio de 1994. Diario Oficial 41.433. Artículo 130. inciso 2. El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos. y Artículo 140. inciso 1 y 2. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes: La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas.

*Cuando no se cancela oportunamente la prestación del servicio público domiciliario, las empresas prestadoras tienen la obligación de suspenderlo máximo al vencimiento del tercer periodo de facturación. Esta Corporación ha señalado que esa exigencia no sólo constituye una garantía para la empresa, quien ejerce un mecanismo legítimo de coacción que le permite asegurar el pago del crédito, sino que constituye también una garantía para los propietarios de los inmuebles, en el evento en que sus arrendatarios incurran en mora en el pago de sus obligaciones, pues con esta medida se evita el incremento de la deuda, el desconocimiento de tal deber conlleva el rompimiento de la solidaridad entre el propietario, el suscriptor y el usuario.*

*En consecuencia, si la empresa omite un deber impuesto por la Ley, como lo es el de suspender el servicio en caso de mora, no puede trasladar los efectos de su proceder a terceras personas, pues con ello abusa de su posición dominante frente a los usuarios o suscriptores.<sup>240</sup>*

De acuerdo a lo anterior podemos observar cuando opera y cuál es el alcance del principio de solidaridad, estableciendo un límite prudencial a la responsabilidad solidaria que surge con base en este principio del pago de los servicios públicos domiciliarios, evitando una carga desmesurada sobre el propietario, usuario o poseedor evitando el abuso de la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios.

### **3.1.2 Régimen Jurídico de la Selección Objetiva.**

#### **3.1.2.1 Selección objetiva y principio de transparencia.**

De acuerdo a RICO PUERTA, la ley 80 de 1993 sustenta el principio de transparencia sobre cuatro ejes esenciales;

---

<sup>240</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-636. 03 de agosto de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

- Procedimientos de selección
- Publicidad de las actuaciones negociales
- Objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones
- Motivación de los actos administrativos que se expiden en la actividad contractual o con ocasión de ella.<sup>241</sup>

Al respecto hay que dejar por sentado que el principio de transparencia engloba el principio que es objeto de estudio, la selección objetiva, pues con ella se busca escoger al contratista bajo unos parámetros de objetividad, que rechacen y discrepen de favoritismos y selecciones amañadas alejadas de los fines propios de la entidad y con ello la satisfacción de los fines estatales y la prevalencia del interés general.

En este orden de ideas, se puede decir que los literales del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 que consagra el principio de transparencia, llevan impreso el desarrollo del principio de selección objetiva de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:*

*....5o. 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.*

---

<sup>241</sup>RICO PUERTA. Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta edición. Bogotá. D.C. Editorial Leyer. 2009. Pag.609.

*d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la 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 ofrecimientos 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...<sup>242</sup>*

Lo anterior ratifica lo que posteriormente en la ley 1150 en su artículo 5 se establecería como deber de selección objetiva, de ahí que el artículo 24 de la Ley 80 y el 5 de la Ley 1150 sean las disposiciones que constituyen la base del principio de selección objetiva, de allí que como muy bien lo ha advertido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el principio de selección objetiva se deduce del principio de transparencia, al respecto la corporación constitucional en sentencia en la cual estudiaba afectación del principio de transparencia por la exoneración del RUP indicó lo siguiente:

*“Por lo tanto la exoneración del registro no acarrea desconocimiento del principio de transparencia y de selección objetiva en la escogencia del contratista, pues para todos los contratos suscritos por el Estado la selección del contratista, con exigencia o no de su inscripción en el registro de*

---

<sup>242</sup>COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

*proponentes, en licitación o concurso público o mediante el mecanismo de la contratación directa, debe someterse a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional, **en especial al de transparencia, de donde se deduce el principio de selección objetiva contenido en la Ley 80 de 1993***<sup>243</sup> (Negrita fuera de texto).

Por su parte el Consejo de Estado establece que el principio de transparencia tiene como fin la persecución de un procedimiento sano, libre de favoritismos y amplio para que todos, quienes cumplan con los requisitos, puedan participar en igualdad de condiciones, ejerciendo con ello la libre concurrencia propia de los procesos contractuales e indispensable para garantizar un listado de proponentes del cual se escoja la mejor oferta cumpliendo los fines estatales, así el Consejo de estado manifestó que:

*“El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar. Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por*

---

<sup>243</sup> COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

*parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.”<sup>244</sup>*

Por otro lado en esta misma sentencia el Consejo de Estado, se pronuncia sobre el principio de selección objetiva de manera puntual, pues pese a que para la época de este pronunciamiento se encontraba aún vigente el artículo 29 de la ley 80, el espíritu del pronunciamiento es el de adelantar una selección con parámetros que conlleven a escoger a la mejor oferta atendiendo a lo establecido en el pliego de condiciones y al cumplimiento de los fines estatales:

*“Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen -transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa”<sup>245</sup>*

Todo lo anterior para concluir que efectivamente el principio de selección objetiva encuentra su razón en el principio de transparencia y su asidero material en los procesos de selección y en los requisitos que lo cubren de imparcialidad y objetividad.

---

<sup>244</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>245</sup> *Ibíd.*

### 3.1.2.2 Análisis Normativo de la Selección Objetiva.

El artículo 29 de la ley 80 de 1993 que se refería a la selección objetiva fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007 establecía el deber de la administración de seleccionar a su contratista de manera objetiva, respecto a este deber, el artículo derogado implantaba que:

*“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.*

*El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.”<sup>246</sup>*

---

<sup>246</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

El anterior artículo fue atacado por inconstitucional pues violaba según el actor el derecho y principio constitucional de igualdad, toda vez que conducían a la escogencia de un contratista y no de una oferta. Así las cosas, la evaluación no es objetiva sino subjetiva, circunstancia que conduce a un desconocimiento del ser humano, pues "establece que existen algunos (pocos) que pueden ser elegidos o escogidos como aptos, y otros (la gran mayoría) que están fuera de esos criterios"<sup>247</sup>

Al respecto la Corte Constitucional manifestó que:

*... la manera como la Ley 80 regula la forma de presentación y evaluación de las propuestas de los oferentes, es especialmente exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando el paso a cualquier consideración discriminatoria que puedan llevar a cabo las autoridades. En efecto, el Estatuto de Contratación Administrativa está estructurado con base en ciertos principios generales cuales son el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, enumerados en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley, que están concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades.*"<sup>248</sup>

De lo anterior se desprende la preocupación del alto tribunal en dejar por sentado, que la selección objetiva no es más que el camino requerido para la concreción de lo ya expuesto sobre el interés general y los fines estatales de la Carta Política, es en esta medida que se aceptara y procederá a justificar un trato diferente toda vez que el fin último es la satisfacción del interés general y de acuerdo a este fin se hace razonable dicho trato diferente.

Continuando con el estudio legal del principio de selección objetiva del artículo 29 de la Ley 80, pese a ser derogado, dicho artículo aportaba una noción de selección objetiva que de manera parcial sería la que constituiría la noción

---

<sup>247</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>248</sup> *Ibíd.*

dispuesta en la Ley 1150 de 2007 en el artículo 5, la cual se discutirá posteriormente, así, retomando la noción del artículo 29 de la Ley 80, de acuerdo a BENAVIDES<sup>249</sup> éste planteaba y de hecho aun se mantiene con el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 la línea en virtud de la cual a diferencia de las circunstancias puestas de plano en el mundo de los negocios entre particulares los cuales son libres de hacer malos negocios, en la esfera pública, es decir de la administración, esta lógica cambia, pues su objetivo no es otro que el interés general, de allí que la administración deba mantenerse al margen de toda escogencia subjetiva, dicha intención del legislador fue apoyada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

*"Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados"*<sup>250</sup>

Dentro de la misma Ley 80 de 1993, se hace mención a dicho principio en las siguientes disposiciones y en relación a los siguientes temas en especial, sin concluir con ello que sea un deber exclusivo para estos asuntos:

- ARTÍCULO 21. Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales: Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de **selección objetiva** que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.
- ARTÍCULO 24. Del principio de transparencia:

---

<sup>249</sup> BENAVIDES. José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2 Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2007. P 288.

<sup>250</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

...8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de **selección objetiva** y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

...La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y **selección objetiva** y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.

- ARTÍCULO 25. Del principio de economía: En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la **selección objetiva** de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones...<sup>251</sup>

Por su parte la ley 1150 de 2007, en cuanto al asunto de estudio además de derogar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, dispuso en su artículo 5, el deber de **selección objetiva**, artículo del cual se debe mencionar que mantuvo las mismas palabras del artículo 29 derogado en relación a que: *“es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva..”*<sup>252</sup>, hasta este punto mantienen la relación, ahora bien, por ser esta ley la encargada de introducir medidas de

---

<sup>251</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

<sup>252</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

eficiencia y transparencia en la Ley 80, se percibe como este artículo sobre selección objetiva desarrolla más ampliamente este principio, a su tenor, continua este artículo advirtiendo que en consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios (numeral 1):

*“La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación...”*

En cuanto a la verificación documental de las condiciones habilitantes debe advertirse que como muy bien lo estipula el numeral 1 del artículo en estudio, la competencia para dicho estudio recae luego de la modificación realizada por el Decreto 19 de 2012 al artículo 6 de la ley 1150 de 2007 en las cámaras de comercio, lo cual deja entrever que ya no será la entidad quien se encargue de acreditar dichos requisitos habilitantes y tampoco exigir más requisitos que los establecidos, además de ello que los proponentes no podrán aportar documentos diferentes a los que atañen a este registro ante las cámaras de comercio a menos que las Entidades Estatales soliciten indicadores de capacidad financiera y capacidad organizacional adicionales a los incluidos en el RUP siempre y cuando dichos requisitos adicionales sean apropiados frente a los Riesgos, el estudio del sector, el valor y el objeto del Proceso de Contratación. En ese caso, la Entidad Estatal debe solicitar la documentación para verificar directamente el cumplimiento de los requisitos, claro está, esto debidamente sustentado y motivado.

En cuanto a la exigencia *de las condiciones de los requisitos habilitantes la misma debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor es muy importante comprender el alcance de la expresión adecuada y proporcional que busca que haya una relación entre el contrato y la experiencia del proponente y su capacidad jurídica, financiera y organizacional. Es decir, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el Riesgo asociado al Proceso de Contratación.*<sup>253</sup>

En este mismo sentido de acuerdo al Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación de Colombia Compra eficiente: El Registro Único de Proponentes es el instrumento a través del cual los proponentes acreditan su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El certificado del RUP es la prueba de tales condiciones, por lo que las Entidades Estatales no pueden solicitar a los oferentes documentación adicional para verificar la información contenida en el mismo salvo lo ya expuesto.<sup>254</sup>

En cuanto al numeral 4 este hace referencia a los factores de calificación de aspectos técnicos de la oferta o proyecto dable en procesos de selección de consultores, así, plantea dicho numeral que: “En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores....”<sup>255</sup>

Prosiguiendo con el estudio de este artículo, en su numeral 2 modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 establece:

---

<sup>253</sup> COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. 2013. P 29.

<sup>254</sup> *Ibíd.*

<sup>255</sup> *Ibíd.*

*“...La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

En relación a lo anterior y de acuerdo a FRANCO GUTIERREZ la selección objetiva de los contratistas es la base de una contratación verdaderamente transparente, conforme a esto, explica este autor que la Ley 1150 cambia la filosofía de la Ley 80, en cuanto se ordena calificar propuestas antes que proponentes, de acuerdo con esta ley se califican primero los requisitos habilitantes que tenga una persona para poder contratar con ella. Si llena los requisitos pedidos, puede participar en la contratación. Hecho lo anterior viene el paso siguiente el cual hace referencia a la calificación de las propuestas, ésta según este autor es la que interesa para la escogencia del contratista, la propuesta que más convenga a la entidad, por lo anterior advierte que no se califica nada subjetivamente sino que se califican las propuestas y son estas las que se tienen en cuenta. Solamente y como ya se advirtió en el concurso de méritos se tiene en cuenta la persona del proponente, y precisamente porque en

este concurso se buscan conocimientos, experiencia, capacidad, respaldo científico y técnico, así se justifica considerar a la persona, pero esto en razón al objeto del contrato.<sup>256</sup>

En palabras de REYES YUNIS con la ley 1150 no sólo se quiso responder a la pregunta de qué se debe evaluar, sino también al interrogante de cómo debe efectuarse dicha evaluación.<sup>257</sup>

En lo referente al numeral 3 en virtud del cual; “sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido”,<sup>258</sup> fue atacado por inconstitucional toda vez que según el actor en la contratación de bienes de condiciones técnicas uniformes y común utilización, el interés general no se ve afectado cuando se contrata con quien ofrece el menor precio porque una vez definidas todas las condiciones específicas de lo que requiere adquirir, al Estado le resultan indiferentes las condiciones de ejecución del contrato y el interés general se favorece cuando le compra a quien ofrece vender por el menor precio. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de contratar un servicio, las condiciones de ejecución del contrato no resultan irrelevantes para el Estado y el interés general impone que las entidades busquen que el servicio que se contrata sea prestado de la mejor manera. Aun así pese a este argumento la Corte en esta oportunidad se declaró inhibida por existir cuestionamientos de un análisis fraccionado de las normas y argumentos que carecen de los requisitos de certeza,

---

<sup>256</sup> FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Leyer, 2010. pp. 214-215.

<sup>257</sup> REYES YUNIS, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal. Bogotá. D.C. Editorial Universidad del Rosario.2007. Pág. 80.

<sup>258</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

pertinencia y suficiencia exigidos por la jurisprudencia constitucional para pronunciarse.<sup>259</sup>

Finalmente este artículo dispone de 2 párrafos el primero de ellos hace referencia la ausencia de requisitos que no son necesarios para la comparación a propuestas, y esto es coherente con lo que ya se advirtió en relación a que se califican y comparan son las propuestas y no las personas de los contratistas, por lo tanto el párrafo da la opción a la entidad de solicitar dichos requisitos en cualquier momento, hasta la adjudicación, planteando la excepción frente a aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, donde deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización, esto como muy bien se ha dicho con anterioridad también es muestra de la puesta en marcha del principio de economía del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 en virtud del cual, "...Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales..."<sup>260</sup>

El párrafo 2, hace referencia a que; "Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos."

Ahora una vez analizado dicho artículo y lo pertinente a este, y pese a haber el artículo 5 de la Ley 1150 derogado el artículo 29 de la Ley 80, de acuerdo a MATALLANA, lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-400 de 1999 continua siendo de soporte relevante toda vez que según esta; la selección objetiva no es más que un mecanismo que garantiza la transparencia, de igual manera se mantiene la base funcional en virtud de la cual la función pública está al servicio del interés general, en la cual una de las formas en las que

---

<sup>259</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>260</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

se desarrolla es a través de la contratación administrativa, en este sentido la administración no se puede exponer a una contratación con un particular que no reúna las garantías y condiciones suficientes, y eso supone que en el siguiente paso del proceso la entidad califique las propuestas para garantizar la selección de la oferta que ofrezca las mejores garantías para ese interés general.

De igual manera plantea este autor que con la selección objetiva se refuerza el principio de transparencia, garantizando igualmente el principio de imparcialidad, así mismo, en cuanto al trato diferente que generan los pliegos de condiciones, lo justifica mantiene y refuerza con el artículo 5 de la Ley 1150, toda vez que es necesario otorgar un trato diferente entre quienes pretendan a hacerse a una adjudicación, deben ser aquellos que sean lleven consigo la mejor oferta en virtud a que el fin perseguido es el interés general que hace razonable como ya se advirtió dicho trato diferente.<sup>261</sup>

A manera de conclusión y al momento de precisar lo establecido sobre selección objetiva en la Ley 1150 se debe decir que:

- De acuerdo a esta Ley, existen dos clases de requisitos para adelantar el proceso de selección bajo los lineamientos del deber de selección objetiva a saber, unos habilitantes relacionados al proponente y unos ponderables atinentes a la propuesta.
- Está claro que los requisitos del proponente son habilitantes verificables en tanto a condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización mas no calificables, a menos que se esté frente a procesos para la selección de consultores en los cuales se acudirán a uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto de acuerdo a lo establecido en los reglamentos, admitiendo utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. Al respecto cabe resaltar que luego de la modificación realizada al artículo 6 de la Ley 1150 por el Decreto 19 de 2012 son las Cámaras de Comercio las encargadas de acreditar mediante

---

<sup>261</sup> MATALLANA CAMACHO. Ernesto. op.cit., p. 281.

el RUP los requisitos habilitantes cuestión reforzada por el Decreto 1510 de 2013 en su artículo 10<sup>262</sup>

- En relación al numeral 2 y más concretamente a los factores a tener en cuenta en las comparaciones de las propuestas, se ha de decir que será favorable aquella oferta que tenga en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, que luego de calificada resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la selección sea resultado de factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, al respecto se debe decir que de acuerdo al artículo 24 numeral 1 literal b de la Ley 80, en los pliegos de condiciones deberán: *“...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...”*<sup>263</sup> lo cual imprime otro parámetro de interpretación y aplicación del principio de selección objetiva enlazado al de transparencia.
- Los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos se hará mediante la ponderación de los elementos

---

<sup>262</sup> ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. <Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012:> Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

(...) 6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

Artículo 11. Función de verificación de las Cámaras de Comercio. Las cámaras de comercio deben verificar que la información del formulario de inscripción, renovación o actualización coincida con la información contenida en los documentos enumerados en el artículo 9° del presente decreto y proceder al registro. Las cámaras de comercio pueden utilizar la información de los registros que administran para adelantar esta verificación. Contra el registro procederá el recurso de reposición en los términos del numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007.

El trámite de la impugnación de inscripciones en el RUP debe adelantarse de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007.

<sup>263</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No 41.094.

de **calidad y precio** soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o la ponderación de los elementos de **calidad y precio** que representen la mejor relación de **costo-beneficio** para la entidad.

- Igualmente, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación **el menor precio** ofrecido.
- En cuanto a la ausencia de requisitos que no son necesarios para la comparación de las propuestas, el primer párrafo de este artículo da la opción a la entidad de solicitar dichos requisitos en cualquier momento, hasta la adjudicación, planteando la excepción frente a aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, donde deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización dándose con esta disposición cabida a los requisitos subsanables.

Conviene ahora estudiar lo que respecto a este tema dispone el reciente Decreto 1510 de 2013, el cual dentro de sus objetivos toma como base los propósitos y finalidades de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente creada mediante Decreto 4170 de 2011 con el objetivo de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública, articular sus partícipes, generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de los recursos, que generen una mayor transparencia y visibilidad de la contratación, así como optimizar los recursos del Estado, así, el Decreto 1510 en sus artículos 1 y 2 dispone que

*Artículo 1°. Objetivos del Sistema de Compras y Contratación Pública. Las Entidades Estatales deben procurar el logro de los objetivos del sistema de compras y contratación pública **definidos por Colombia Compra Eficiente.***

*Artículo 2°. Partícipes de la Contratación Pública. Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-ley número 4170 de 2011 son:*

(...)

2. **Colombia Compra Eficiente...**<sup>264</sup> (Negrita fuera de texto original)

Como se acaba de señalar al ingresar Colombia Compra Eficiente en el espectro contractual, esta agencia toma un papel activo toda vez que se encargara de impulsar y unificar procesos de contratación y todo lo atinente a los mismos, procurando con ello prácticas irregulares que contraríen los fines de la contratación.

### **A. Registro Único de Proponentes RUP**

Respecto al deber de selección objetiva, dicho Decreto desde su artículo 8 al 14, se refiere al Registro Único de Proponentes RUP, en cuanto a su Inscripción, renovación, actualización y cancelación, de igual manera establece la información necesaria para adelantar tales asuntos.

En el artículo 10 establece que las cámaras de comercio deberán verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

1. **Experiencia:** es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato. La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea

---

<sup>264</sup> COLOMBIA.PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854.

relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

2. **Capacidad Jurídica:** es la facultad de una persona natural o jurídica para celebrar contratos con una Entidad Estatal, es decir (i) obligarse a cumplir el objeto del contrato; y (ii) no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato.
3. **Capacidad Financiera:** busca establecer unas mínimas condiciones que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. La capacidad financiera requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. En consecuencia, la Entidad Estatal debe establecer los requisitos de capacidad financiera con base en su conocimiento del sector relativo al objeto del Proceso de Contratación y de los posibles oferentes. Los indicadores de capacidad financiera contenidos en el artículo 10 del Decreto 1510 de 2013 y que en consecuencia, deben estar contenidos en el RUP a partir de 2014 son:

- Índice de Liquidez = Activo Corriente / Pasivo Corriente, el cual determina la capacidad que tiene un proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo. A mayor índice de liquidez, menor es la probabilidad de que el proponente incumpla sus obligaciones de corto plazo.
- Índice de Endeudamiento = Pasivo Total / Activo Total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación (pasivos y patrimonio) del proponente. A mayor índice de endeudamiento, mayor es la probabilidad del proponente de no poder cumplir con sus pasivos.
- Razón de Cobertura de Intereses = Utilidad Operacional / Gastos de Intereses, el cual refleja la capacidad del proponente de cumplir con

sus obligaciones financieras. A mayor cobertura de intereses, menor es la probabilidad de que el proponente incumpla sus obligaciones financieras.<sup>265</sup>

## **B. Evaluación de la oferta, ofrecimiento más favorable.**

En cuanto a la evaluación de la oferta y selección de la mejor para los fines de la entidad bajo los factores técnicos y económicos de escogencia y de ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes establece el Decreto en sus artículos 25 a 33 pautas para atender situaciones propias y dables en el momento de comparación y selección de oferta, así:

El artículo 25 establece la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

El artículo 26 en relación al ofrecimiento más favorable determina que la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista de esa manera se refiere a algunas modalidades de la siguiente manera:

*“...En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:*

---

<sup>265</sup> COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. 2013. P 29.

1. *Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.*
2. *Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.*
3. *Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.*
4. *El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.*

*La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.*

*La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.*<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> COLOMBIA.PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854.

El artículo 27 establece la conformación de un comité evaluador constituido por servidores públicos o por particulares contratados para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos, su labor deberá realizarse de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. Frente a las recomendaciones dadas por este comité y no acatadas por la Entidad, esta deberá sustentar esa decisión.

El artículo 28 por su parte, establece que al presentarse precios artificialmente bajos, deberá la Entidad solicitarle al oferente razones que justifiquen dicho precio, una vez estén de plano dichas justificaciones el comité evaluador debe recomendar, ya sea rechazar la oferta o continuar con el proceso.

Los artículos 29 y 32 se refieren a las Inhabilidades con ocasión de la presentación de otras ofertas y a las Inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas, respectivamente, esto quiere decir que, para el primer evento se debe acudir a lo dispuesto en los literales g y h del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80, es decir; tener en cuenta la primera oferta en el tiempo, de quienes presenten su oferta y sean cónyuges o (compañeros permanentes) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, igualmente para las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso, el segundo evento hace relación a las sociedades anónimas abiertas, la cuales en la etapa de selección, la Entidad Estatal deberá tener en cuenta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés previsto en la ley para lo cual debe tener en cuenta que las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario.

También se puede presentar que dentro de un proceso tan solo se presente una oferta, frente al anterior evento el artículo 30 establece que la Entidad Estatal podrá adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme.

En relación a los contratos en desarrollo de encargos fiduciarios o contratos de fiducia artículo 31, la Entidad Estatal no podrá delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública pero sí pueden encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes al Proceso de Contratación.

Finalmente y como punto necesario de estudio el artículo 33, establece factores de desempate de las ofertas previamente comparadas, así, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

*Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:*

- 1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*
- 2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.*

3. Preferir la oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura.

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones esta-blecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.<sup>267</sup>

El análisis anterior lleva a la conclusión de que el proceso de selección de ofertas debe estar sometido a ciertos parámetros y en caso de eventualidades como la de presentación de diferentes ofertas por personas con lazo de consanguinidad, en caso de presentación de única oferta, o de ofertas con precios artificialmente bajos, la entidad deberá proceder a tomar decisiones de acuerdo a dichas medidas, de tal manera que el ejercicio estricto de estas al momento de presentarse alguna de las contingencias mencionadas garantice el deber de selección objetiva.

---

<sup>267</sup> COLOMBIA.PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1510. 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Diario oficial, 48854.

Igualmente este Decreto a partir de su artículo 38 y siguientes, se refiere acerca de las modalidades de selección, entre ellas, Licitación pública, Selección abreviada en sus diferentes singularidades, Contratación de Menor Cuantía, Concurso de méritos, Contratación directa y Mínima cuantía, los cuales ya han sido objeto de estudio en apartes anteriores. Por su parte del artículo 2 de la ley 1150, se puede extraer que estas modalidades cumplen con dos criterios, a mencionar, valor y objeto.

No obstante, se debe tener en cuenta que el régimen especial de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, se exceptúan del Estatuto General de Contratación, precisamente porque tienen la facultad de crear sus propias modalidades de selección, lo que no es permitido a estas entidades es que den la espalda a criterios objetivos para poderle dar tal calificativo a sus procedimientos de selección, es decir, no pueden crear modalidades de selección arbitrarias o que respondan a criterios relativos al proponente y no al objeto a contratar.

Una vez expuesto el panorama del principio y deber de selección objetiva, frente a lo anterior se puede concluir que para que el principio de selección objetiva sea garantizado a cabalidad, deben tenerse en cuenta dos momentos importantes, el primero de ellos hace referencia a la etapa de estudio del proponente, es decir, aquella concerniente al estudio y verificación de los requisitos habilitantes dispuestos en el RUP, la facultad de verificarlos y demás implicaciones, el segundo momento hace referencia al estudio de la oferta con los parámetros expuestos, es decir, los factores técnicos y económicos de escogencia como muy bien se advirtió. Finalmente y sin ser menos importante cabe advertir que la modalidad de selección debe estar plenamente identificada en los pliegos de condiciones, de acuerdo al artículo 22 del Decreto 1510, “Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

... 2. La modalidad del proceso de selección y su justificación...”

De igual manera el numeral 3 del párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que:

*“...PARÁGRAFO 2o. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:*

*...3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes...”<sup>268</sup>*

Lo anterior hace que la escogencia de las respectivas modalidades de selección no sean amañada y esté de acuerdo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

### **3.1.2.3 Análisis jurisprudencial de la Selección Objetiva**

Una vez expuesto el sustento normativo de la selección objetiva y su desarrollo dentro de la gestión contractual, resulta imperioso hacer alusión a lo establecido por la Corte Constitucional y Consejo de Estado en relación a este principio y deber obligatorio para las entidades estatales propiamente dichas y demás que adelanten procesos de contratación con recursos públicos.

El Consejo de Estado define el principio de selección objetiva así:

Dicho de otro modo, ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de

---

<sup>268</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2007. No 46.691.

condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta.<sup>269</sup>

En análisis del artículo 29 de la ley 80 de 1993 en esta providencia se establece que será ofrecimiento más favorable para la entidad el que haya quedado habilitado posteriormente a la revisión de los requisitos jurídicos, económicos y técnicos y tenga el puntaje más alto en la evaluación de los factores ponderables establecidos en el pliego de condiciones.

### **Justificación de trato diferente.**

En sentencia C-932 de 2007 la Corte Constitucional, reitera lo dicho en sentencia C-400 de 1999 en cuanto a que efectivamente con la selección objetiva no se está buscando otro propósito diferente que escoger la mejor oferta, procurando el cumplimiento de los fines de la entidad la cual no debe buscar asunto diferente que dar prevalencia al interés general, al respecto expuso la Corte que:

*“la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental...”<sup>270</sup>*

Pese a que esta sentencia estudió en ese momento el artículo 29 de la Ley 80 hoy derogado por la ley 1150 de 2007, la Corte dejó por sentado que efectivamente es admisible un trato diferente hacia los oferentes toda vez que este se justifica por la situación de hecho en la que se encuentre, el fin que persiga y la proporcionalidad

---

<sup>269</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688). Ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012). Bogotá D.C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>270</sup> COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

y razonabilidad del trato por cuanto la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos, en este sentido manifestó esta corporación que:

*En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes, está plenamente justificado por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general.<sup>271</sup>*

En este mismo sentido la corte reconoce que es válido afirmar que este tipo de tratos desarrollan el interés general en diferentes perspectivas no solo adquiriendo bienes y servicios para la satisfacción de necesidades sino que también otorgando la posibilidad a determinados grupos para que accedan al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades. De ahí que pueda afirmarse con claridad que constituye un objetivo de la contratación administrativa en el Estado Social de Derecho la satisfacción de las finalidades públicas y el logro de los objetivos sociales, así estos se dirijan a un grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador.<sup>272</sup>

Al respecto la corte en sentencia C-620 de 2012 vuelve a mencionar la imperiosa necesidad de justificar un trato diferente, pues este se justifica en primera medida por la situación de hecho en la que se encuentre el eventual contratista, pero también que dicho trato sea proporcional al fin que busca, es decir encuentre asidero de facto y de derecho que dé vía libre a su selección, de ahí que tampoco

---

<sup>271</sup> *Ibíd.*

<sup>272</sup> *Ibíd.*

sea dable dar trato diferente de manera amañada en este orden de ideas la corte señalo que:

*“El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable”<sup>273</sup>.*

### **Registro único de proponentes**

En sentencia C-949 de 2001, la corte estudió si la exoneración de la inscripción, calificación y clasificación en el registro de proponentes para los contratos de menor cuantía; el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; la prestación de servicios; la concesión de cualquier índole; la adquisición de bienes cuyo precio sea regulado por el Gobierno Nacional y aquellos contratos suscritos previa declaración de urgencia manifiesta, vulnera los principios constitucionales previstos en el artículo 209 Superior.

A lo anterior la corte entra a estudiar el propósito del registro de proponentes y deja por sentado que este es un instrumento que busca darle a la administración

---

<sup>273</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 147 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

información sobre aquel particular administrado que desarrollara el objeto del contrato en cuestión, al respecto manifestó la corte:

*“...El registro de proponentes tiene pues un origen legal y hace parte de aquellas reglamentaciones que el legislador puede adoptar para dotar a la administración de mayores elementos de juicio para tomar decisiones que comprometen el interés público, en tanto la información allí contenida no se suministra para efectos de un contrato especial, sino para participar en todas las licitaciones de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, pues al fin y al cabo los inscritos en este registro tienen la vocación permanentes de contratar con el Estado...”<sup>274</sup>*

Por lo tanto la exoneración del registro no acarrea desconocimiento del principio de transparencia y de selección objetiva en la escogencia del contratista, pues para todos los contratos suscritos por el Estado la selección del contratista, con exigencia o no de su inscripción en el registro de proponentes, en licitación o concurso público o mediante el mecanismo de la contratación directa, debe someterse a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional, en especial al de transparencia, de donde se deduce el principio de selección objetiva contenido en la Ley 80 de 1993.<sup>275</sup>

Esta misma sentencia en otro de sus cargos plantea si la contratación directa sin licitación o concurso público constituye el meollo de la corrupción en Colombia, porque viola descaradamente los principios de selección objetiva y de transparencia que deben amparar la contratación estatal,<sup>276</sup> al respecto la Corte se declaró inhibida por falta de fundamentación y por presentarse un debate que no evaluaba asuntos constitucionales, no obstante rescata la corte que:

---

<sup>274</sup> COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>275</sup> *Ibíd.*

<sup>276</sup> *Ibíd.*

“...De igual modo, respecto de la crítica del demandante que tacha la contratación directa de exclusionista y, por esa vía, de contraria a la igualdad de oportunidades, tampoco encuentra la Corte que haya un principio de razón suficiente en ese argumento pues, no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades...”<sup>277</sup>

### **Principios de igualdad y libre competencia.**

En sentencia C-410 de 2010 en la cual se discutía si de acuerdo a lo establecido en los artículos 11 y 72 de la Ley 1341 de 2009, el otorgamiento de permisos de uso del espectro electromagnético se podrá hacer de manera directa “*cuando prime (...) la ampliación de la cobertura.*” desconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y la libre competencia, frente a lo anterior la corte de manera

Al respecto dice la corte que la igualdad de oportunidades junto con la libre competencia, son dos elementos medulares de los procesos de selección objetiva. La contratación directa, a pesar de los controles que sobre la misma pueda ejercer el Estado, enturbia de manera latente los principios invocados. Si bien no se puede dudar *a priori* de la capacidad para garantizar la prestación de un servicio cuando éste haya sido concedido directamente, por fuera de los mecanismos de participación abierta. No obstante, en el caso de la asignación de bandas del espectro radioeléctrico, la necesidad de que el proceso de asignación emplee el mecanismo que mejor garantice la igualdad de oportunidades y prevenga la concentración de los medios de comunicación en unos pocos, así como las prácticas monopolísticas, privilegia los métodos de selección objetiva, frente a aquellas prácticas que faciliten la concentración o el monopolio. Es por ello que la posibilidad de acudir a la contratación directa sólo puede operar de manera

---

<sup>277</sup> *Ibíd.*

excepcional para la asignación de bandas, pues siempre que la finalidad buscada (la ampliación de la cobertura) se pueda alcanzar en igualdad o mejores condiciones cuando se utiliza el proceso de selección objetiva, éste es el procedimiento que se debe emplear, especialmente si no existe una situación anómala que obligue al Estado a tomar medidas urgentes y prontas y que impidan la utilización del mecanismo de selección objetiva.

En otras palabras, la contratación directa se presenta como la respuesta más eficaz frente a una hipotética situación de riesgo en la prestación de un servicio, pero no por ello se dejan de menguar derechos constitucionales fundamentales como la igualdad y la libre competencia dispuestas en el artículo 75 Superior. Ello implica que las medidas excepcionales, deberán ser proporcionadas también en relación al riesgo mismo, y hacerse extensibles únicamente por el término estrictamente necesario, sin perjuicio de que la administración convoque un proceso público para garantizar no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades, una vez resuelto el problema que generó las condiciones que requirieron la intervención directa del Estado por lo anterior las normas acusadas fueron declaradas exequibles, en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para que la administración, con pleno cumplimiento de los principios que orientan la función pública y sin dilaciones irrazonables, adelante los procesos necesarios para realizar la asignación de la banda mediante el mecanismo de selección objetiva, garantizando no sólo la continuidad del servicio, sino también la adjudicación de los espacios radioeléctricos en condiciones de igualdad de oportunidades.

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, (...) Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el

proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:

- Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.
- Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.

Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son:

- Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes;
- Respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento;
- Cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante;
- Inalterabilidad de los pliegos de condiciones;
- Respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres;
- Acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; -Tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura;
- Que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta;
- Que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). (19 de julio de 2001). Bogotá D.C. CP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

En esta ocasión el Consejo de Estado equipara el principio de la igualdad con los principios de transparencia y selección objetiva, determinando que para garantizar la selección objetiva en el proceso contractual, deben darse iguales condiciones entre los posibles oferentes desde la oportunidad de participación con la publicidad y difusión y las estipulaciones establecidas en el pliego de condiciones y debe darse preferencia a quien hace la oferta más favorable. Así mismo establece una serie de derechos en cabeza del oferente que de acuerdo a la doctrina materializan la igualdad y por tanto su respeto en un proceso contractual garantiza la aplicación de la selección objetiva.

Po su parte en pronunciamiento del año 2008 el Consejo de Estado refuerza lo anterior al tenor que manifiesta que la Ley 80 de 1993, consagra el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la Administración para la escogencia de sus contratistas, como también que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo que conlleva a que puedan ser controvertidas. En un estado social de derecho, el principio de transparencia, garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita que los funcionarios en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal<sup>279</sup>

(...) la intención del legislador fue regular la escogencia del mejor oferente mediante una selección en la que prime la transparencia y la igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas. El referido deber de

---

<sup>279</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783). (4 de junio 2008). Bogotá, D. C. CP: Myriam Guerrero de Escobar

selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista<sup>280</sup>

En este pronunciamiento de acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado se manifiesta que para la materialización del principio de selección objetiva se deben garantizar en todos los procesos contractuales los principios de transparencia e igualdad, sin que haya espacio para ningún tipo de consideraciones subjetivas.

De igual manera advirtió el Consejo de Estado que a contratación directa al igual que toda modalidad de escogencia del contratista que sea adelantada por la Administración, estará orientada por los principios inspiradores de la contratación pública y obedecerá a criterios objetivos y de interés público para seleccionar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración, sin que motivaciones de índole subjetiva por parte de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento y la adjudicación, sean las determinantes en la contratación.

"En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993." Lo anterior significa que la Administración está obligada, aún en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a

---

<sup>280</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 11001-03-26-000-1997-02932-01(12932). (20 de mayo de 2004). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de la necesidades de la comunidad.”<sup>281</sup>

Luego, en la sentencia C-713 de 2009, la Corte agregó:

*“La libre competencia, entraña, entonces, 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 competencia y atentan 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.”*<sup>282</sup>

### **Criterios de selección objetiva**

Así, en sentencia C-932 de 2007 la corte reiterando la posibilidad de trato diferente ante los procesos de selección de contratista, por estar estos en grupos determinados, sin ahondar mucho en el tema específico de los criterios de la selección objetiva dejó claro que:

*“...Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido*

---

<sup>281</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). (25 de febrero de (2009). Bogotá, D.C. CP: Myriam Guerrero de Escobar

<sup>282</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

*que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución).*<sup>283</sup>

De esta manera la corte constata que la selección objetiva tiene un fin imperioso y de obligatorio cumplimiento, de ahí que se pueda reflejar bases principialistas como la transparencia, eficacia, eficiencia e imparcialidad en la gestión contractual, que no deje dudas de que se escoge a la mejor oferta sin consideraciones subjetivas.

En sentencia C-620 de 2012 la corte estudia la constitucionalidad de los artículos 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 y 17 de la ley 80 de 1993, por considerar que vulneran los artículos 1, 2, 13, 209 y 366 de la Carta Política. Pues según el actor el artículo 16 de la Ley 1116 del 2006 vulnera la Constitución, al dar un trato diferente y desproporcionado a las empresas que se sometan a procesos de reorganización, declarando como ineficaces las cláusulas que restrinjan su participación en los procesos de licitación pública de igual manera afirma que la limitación de la participación de una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización se encuentra plenamente justificada en el interés general, pues estas personas jurídicas están en una situación de amenaza económica latente que les puede impedir cumplir con el contrato, perjudicando a la entidad pública contratante y a la comunidad.

Frente lo anterior la corte si bien acepta que, permitir a una empresa participar en un proceso de adjudicación no implica necesariamente que se le vaya a adjudicar el contrato, sino que puede participar en igualdad de condiciones con el resto de candidatos para buscar obtener la adjudicación. Adicionalmente, uno de los

---

<sup>283</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

aspectos que debe evaluarse en los procesos de licitación es la **solvencia financiera**, por lo cual si finalmente se adjudica un contrato a una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización es porque la entidad pública ha concluido, luego de analizar las finanzas de la sociedad, que ésta tiene la solvencia financiera suficiente para cumplir con el contrato.<sup>284</sup>

En este sentido, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, al analizar el principio de selección objetiva, señaló que la capacidad financiera será objeto de verificación como requisito habilitante para la participación en el proceso de selección.

Desde esta perspectiva reconoce la corte que una cosa es postularse o adelantar pasos para hacerse a la adjudicación de un contrato y otra que efectivamente logre ser seleccionado, a lo anterior hay que recordar que en un primer momento se expone el proponente a un filtro de requisitos que lo habilitan para seguir en el proceso, de ahí de que su sola postulación no sea suficiente para ser escogido en los márgenes de objetividad.

Si bien es cierto hasta el momento se han expuesto pronunciamientos de la corte muy generalizados sobre los criterios de la selección objetiva, en sentencia más reciente, la Corte realiza un estudio más profundo del principio de selección objetiva y de sus implicaciones, así la sentencia C-300 de 2012 en la cual se estudió la constitucionalidad del primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, el demandante explicó que al expedirse la ley 80 de 1993, el artículo 40 estableció la regla general de que los contratos estatales no podrían adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Señala que esta regla fue extendida por el artículo 33 de la ley 105 de 1993, a las concesiones para obras de infraestructura en transporte, con una excepción, esta es que en los casos en los que los ingresos obtenidos por el concesionario en virtud de la concesión sobrepasaran el máximo estipulado, los ingresos adicionales podrían destinarse para obras

---

<sup>284</sup> COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

adicionales. Sostiene que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 introdujo una excepción a esta regla, pues habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión o su prórroga, para que ejecute obras públicas nuevas, que si bien pueden relacionarse con el objeto concesionado, no se previeron en el objeto inicial del contrato y en realidad constituyen nuevos objetos, previa contratación directa con la entidad pública interesada y sin que medie proceso de selección alguno.<sup>285</sup> Por lo anterior se favorece al titular de la concesión y desconoce los intereses generales de la comunidad que resulta favorecida si las obras públicas se contratan mediante procesos de selección que garanticen la vinculación del mejor contratista y la adjudicación del contrato a la mejor oferta y desconoce el principio de igualdad porque, al permitir que los contratos se adicionen para objetos distintos y sin límite a la cuantía, impide la participación de otros proponentes habilitados para ejecutar el contrato y le otorga una ventaja absolutamente injustificada al titular de la concesión.<sup>286</sup>

Al respecto la Corte entra a estudiar tres asuntos de importancia:

Si los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficiencia, y el principio de libre competencia, son desconocidos por el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150, en tanto permite la prórroga o adición de los contratos de concesión de obra pública (i) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado (en el caso de las concesiones viales, obras relacionadas con el mismo corredor vial) y, a juicio del demandante, (ii) sin límite de cuantía.<sup>287</sup>

En cuanto a este tema retoma la Corte lo advertido en sentencia estudiada previamente C-932 de 2007 en la cual se dice que efectivamente los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y

---

<sup>285</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

<sup>286</sup> *Ibíd.*

<sup>287</sup> *Ibíd.*

en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.<sup>288</sup> Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, al respecto también el Consejo de Estado a través de concepto de la Sala de Servicio Civil advirtió que la modificación será coherente con la satisfacción del interés general y los fines estatales así:

“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que **la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo**. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.”<sup>289</sup>

Así se sabe que existen dos maneras frente a las cuales se puede dar la modificación de contratos las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, **y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel**. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones

---

<sup>288</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>289</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

En cuanto a los aspectos sobre los cuales se pueden modificar los contratos, se observa que pueden ser el plazo y el precio, el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el plazo es un elemento accidental del contrato no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones,<sup>290</sup> Lo mismo ocurre con el precio, cuya adición, de conformidad con esta misma providencia, es además expresamente autorizada por el artículo 40 de la ley 80, siempre y cuando no exceda el 50% del valor inicial.

Respecto del objeto, existe un amplio debate jurisprudencial, sobre si se entiende una modificación o la celebración de un nuevo contrato, finalmente, en sentencia del 26 de enero de 2006, la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>291</sup> señaló que la modificación del contrato estatal puede consistir solamente en la variación del precio o el plazo, y que cualquier reforma del objeto en realidad es un contrato adicional nuevo.

Por otro lado, estudia la corte la importancia de la selección objetiva y libre concurrencia en la contratación estatal frente a los límites a la posibilidad de modificar los contratos de concesión, entonces, la corte retoma lo expuesto en sentencia C-949 de 2001 en la cual sé que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa.

Como muy se advirtió en los apartes anteriores sobre las disposiciones de los criterios de selección objetiva la Corte en esta sentencia pone de plano la evolución de los mismos de la siguiente manera:

---

<sup>290</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171) A sentencia del 24 de agosto de 2005, rad., C.P. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>291</sup><sup>291</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), sentencia del 26 de enero de 2006, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

El artículo 29 de la ley 80, precisaba que la selección del contratista debía responder a la oferta **más favorable a la entidad**, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, **como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio –no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista**. Luego, el artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador.

Continúa la Corte explicando que luego de la entrada en vigencia de la ley 1150, esto se amplió de tal manera que expuso criterios y pasos para poder adelantar una verdadera y propiamente selección objetiva del contratista.

El artículo 29 de la ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150, y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 ibídem. En esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista:

*(i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección;*

*(ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y*

*(iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores.*

En cuanto a la modalidad de selección por excelencia, la licitación pública, la corte en esta oportunidad resalto la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.

El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, que garantizan la posibilidad de que todos los que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.<sup>292</sup>

Por su parte la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar:

La capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.

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 atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que

---

<sup>292</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

Por otra parte, el principio de igualdad entre proponentes asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios.

Respecto a los criterios de selección objetiva el Consejo de Estado manifiesta:

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la selección de contratistas para cumplir con el requisito de objetividad debe caracterizarse por:

1. Ausencia total de subjetividad;
2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones;
3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones;
4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas.<sup>293</sup>

En esta providencia también se mencionan cuatro criterios creados y reiterados jurisprudencialmente, que desarrollan el principio de selección objetiva en la selección de contratistas, aduciendo que para que pueda reclamarse de un proceso la objetividad debe haber en primer lugar, ausencia total de subjetividad, en segundo lugar, estar determinada por factores preestablecidos en el pliego de condiciones, en tercer lugar estar determinada por la evaluación y valores correspondientes de esos factores, y finalmente, en cuarto lugar, que la

---

<sup>293</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

adjudicación y celebración del contrato corresponda a esa evaluación valores y a la comparación de las ofertas en ese sentido y de forma objetiva.

Entre los criterios indispensables para realizar una selección objetiva, la ley 1150 de 2007 escindió dos clases de requisitos exigibles a los oferentes: de un lado los denominados habilitantes, encaminados principalmente a la constatación de determinadas exigencias sobre todo de índole personal; del otro, los llamados factores evaluables mediante la asignación de puntaje.<sup>294</sup>

Además de los criterios anteriormente mencionados se establecen dos criterios más para realizar una selección objetiva y esto es la exigencia, el cumplimiento, análisis objetivo, evaluación y comparación de los requisitos habilitantes y ponderables, los cuales verifican las calidades de la persona u oferente y de la oferta en sí misma.

En efecto, el legislador expresó de manera clara que "...la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad".<sup>295</sup>

En cumplimiento de los anteriores criterios de aplicación del principio de selección objetiva se lograra escoger la oferta más favorable para la entidad, analizando todos los factores posibles, a nivel técnico, económico y a la ponderación adecuada.

---

<sup>294</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

<sup>295</sup> *Ibíd.*

El art. 29 de la ley 80 de 1993, al definir la selección objetiva, partió de factores de escogencia “tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio”, que si bien es cierto no son factores taxativos, si obedecen a un propósito común que lo es la escogencia del mejor proponente, sin que en el logro de tal fin sea relevante el pago oportuno de impuestos por parte del contratista, tema éste que escapa a la órbita propia del desarrollo de la actividad contractual. Es dentro de este marco donde cabe cuestionar si el ofrecimiento más favorable resulta de la ponderación de esos factores, resulta acorde con el texto de la ley contractual el que se pretenda a través de una circular del servicio, incluir otros factores de evaluación como lo es “la información relativa al cumplimiento de las obligaciones tributarias”, para a través de ella calificar los estados financieros, como soporte económico de las propuestas, cuando los factores que deben concurrir a la evaluación de la oferta, podrán ser todos los establecidos por la ley o los que la entidad contratante discrecionalmente establezca, en conformidad con el objeto del contrato y las necesidades del servicio.<sup>296</sup>

En esta ocasión el Consejo de Estado reitera que solo tienen facultad para crear factores de escogencia el legislador y la entidad estatal contratante, sin que pueda ninguna otra persona o autoridad crear y exigir requisitos por fuera de los establecidos ya que estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones y dichos requisitos no serán exigibles para el contratista, en el caso concreto la DIAN mediante resolución exigió el pago oportuno de los impuestos, lo cual es inválido por las razones anteriormente expresadas, determinando la corte que el cumplimiento de las obligaciones tributarias no es factor que garantice la escogencia de la mejor oferta pues no ha sido establecido por el legislador, además, que dicho tema escapa a la órbita propia del desarrollo de la actividad contractual.

---

<sup>296</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-23-26-000-1999-00072-00(17103). (28 de abril de 2005). Bogotá, D.C. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

En otro pronunciamiento del Consejo de Estado encontramos que:

(...) la selección objetiva comporta:

- i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º),
- ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 núm. 3), y
- iii) la transparencia (art. 24).

La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. (...) la selección del contratista, en principio, está diseñada para efectuarse ante una pluralidad de ofrecimientos. No obstante, resulta obvio entender que la comparación o cotejo de ofertas es procedente efectuarla cuando existe pluralidad de ofertas, sin perjuicio de que, en el caso de un proponente único, también pueda hacerse con los precios del mercado.<sup>297</sup>

En la presente providencia el Consejo de Estado determina tres componentes de la selección objetiva de acuerdo a su regulación legal, **primero la obligación de preestablecer los criterios de selección**, la publicidad de la invitación de la oferta y la transparencia, y posteriormente refiriéndose específicamente a la selección objetiva en el caso de que se presente un único oferente, ya que se ha entendido que para aplicar la selección objetiva en principio se debe hacer una comparación o ponderación y por esta razón debían existir pluralidad de oferentes además en los casos en los cuales se presente un solo oferente la entidad por disposición legal no podrá por esta única razón declarar desierta la convocatoria, por lo cual en caso de que haya un único oferente si se puede aplicar el principio de selección objetiva de acuerdo al numeral 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007

---

<sup>297</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235) DM. (24 de junio de (2004). Bogotá, D.C. CP: Ricardo Hoyos Duque

o anteriormente de acuerdo al inciso 4 del artículo 29 de la ley 80, aplicando entonces la ponderación con factores externos, como son el precio y las condiciones del mercado, y posteriormente a la comparación con tales requisitos y la verificación del cumplimiento de la oferta de las condiciones exigidas por la entidad se podrá contratar con el único oferente, en desarrollo del principio de selección objetiva.

Para complementar lo anterior en fallo de 2008 el Consejo de Estado manifestó que a su turno la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se introdujeron algunas modificaciones a la Ley 80 de 1993, entre ellas, la correspondiente al artículo 29, contenido de la selección objetiva, cuyo texto, artículo 5º de la Ley 1150, establece requisitos que deben cumplir los proponentes a fin de obtener su habilitación para participar en el proceso, verificación que ha sido encomendada a las Cámaras de Comercio, entidades que serán las encargadas de expedir la respectiva certificación. Igualmente, la norma define como oferta más favorable aquella que resulte ser más ventajosa para la entidad, después de haber sido aplicados los criterios de escogencia y su ponderación, determinados de manera precisa y detallada en el pliego de condiciones, sin que tal favorabilidad la constituyan elementos extraños a los factores contemplados en ellos.

A su vez en esta sentencia el Consejo de Estado establece unas prerrogativas para los proponentes y unos deberes para la administración así:

La importancia que revisten, en la escogencia objetiva del contratista, los criterios de selección de las propuestas y su correspondiente ponderación, detallada y precisa. Desde el ámbito de los proponentes, porque les permite:

- i) conocer las reglas bajo las cuales deberán elaborar sus ofrecimientos;
- ii) los aspectos que serán materia de valoración por parte de la Administración;
- iii) el puntaje exacto que se dará a cada uno de dichos factores y
- iv) la forma en que se hará el análisis comparativo de las ofertas.

Desde la óptica de la Administración, le impone:

- i) el cumplimiento de los parámetros establecidos en el pliego para la evaluación y comparación de las ofertas;
- ii) la imposibilidad de desconocer dichos criterios o de adoptar criterios diferentes al momento de la evaluación; todo lo anterior, en garantía de los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, moralidad y selección objetiva, propios de la contratación estatal, que de otra manera se verían seriamente comprometidos, como también lo estaría, la legalidad del acto de adjudicación de la licitación.<sup>298</sup>

En esta misma sentencia se advirtió que a la luz de la Ley 1150, el rechazo de ofertas no puede ser una práctica injustificada por parte de la entidad contratante, sino que por el contrario, debe sujetarse a lo preestablecido en la ley y al pliego de condiciones:

“Se tiene entonces que la objetividad en la selección, impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia- también sean conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos, independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia”<sup>299</sup>

Al respecto en sentencia del año 2007 se dijo que efectivamente era de desagrado al ordenamiento y a la legalidad rechazar propuestas de manera amañada sin consideración además de la ley, los pliegos de condiciones en este sentido manifestó el Consejo que:

---

<sup>298</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783). (4 de junio de 2008). Bogotá, D.C. CP: Myriam Guerrero de Escobar

<sup>299</sup> *Ibidem*.

“..Se declaró desierta la Licitación Pública Internacional No. SCM-01-94, obedeció, como su misma fundamentación lo declara, a las irregularidades que viciaron el procedimiento de selección, consistentes: i) De un lado, en la modificación ilegal del pliego de condiciones aprobado por la entidad cuando autorizó la apertura de la licitación, ya que esa modificación se produjo por funcionarios incompetentes, cuando ya aquella estaba abierta, dos proponentes habían adquirido el pliego, y sin mediar el correspondiente adendo; ii) y de otro lado, en el hecho de que el Comité Evaluador procedió a calificar las ofertas con base en un pliego de condiciones distinto a aquel que adquirieron los proponentes, y que les sirvió de base para elaborar sus ofertas. Tales circunstancias, a juicio de la entidad -criterio que comparte la Sala, como ya se dijo-, impedían una selección objetiva y por ello, declaró desierta la licitación. Como es bien sabido, la licitación o concurso públicos tienen como finalidad primordial y última, la celebración de un contrato estatal, a esto apuntan; en consecuencia, ellos constituyen un procedimiento administrativo especial, de formación de la voluntad administrativa, la cual se concreta con la escogencia del futuro contratista a través de la expedición de un acto administrativo.”<sup>300</sup>

En este orden de ideas y bajo el presupuesto de que la ley 1150 reconstruyó el concepto de selección objetiva se sabe que un examen comparativo del numeral 2º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, con el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, llevan a establecer las siguientes diferencias y semejanzas a saber:

- El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, consagraba, a título enunciativo, es decir como factores de escogencia que podían incluirse en el pliego de condiciones para otorgar puntaje y conllevaban a determinar la oferta más favorable a los intereses de la entidad, aquellos referidos tanto al

---

<sup>300</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209) (3 de mayo de 2007). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

proponente (cumplimiento en otros contratos, experiencia, organización y equipos a su disposición),

- como también a la propuesta (plazo, precio) factores que debían sujetarse a la ponderación detallada y concreta conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones de la respectiva licitación

El artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, como ya se indicó, separó los requisitos atinentes al oferente así:

- no susceptibles de puntaje alguno, sino de simple verificación, para establecer la capacidad del oferente, denominándolos requisitos habilitantes, (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, organización)
- de aquellos concernientes a la propuesta misma, que aluden a los factores de orden técnico y económico que son materia de asignación del puntaje establecido en el pliego de condiciones

No obstante está marcada diferencia, las dos normas tienen en común el texto pertinente a la comparación de los ofrecimientos; el mismo, señala que el administrador o la entidad pública “efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. “La disposición transcrita, faculta a la entidad pública para examinar las propuestas detalladamente, compararlas, consultar los precios del mercado y establecer si los ofrecidos se encuentran en consonancia con aquellos, e igualmente, para examinar los estudios y deducciones a que han llegado los consultores o asesores de la entidad al hacer la evaluación de las ofertas, todo ello con el

objetivo de seleccionar la oferta más favorable al interés público y al cumplimiento de los cometidos estatales.<sup>301</sup>

El consejo de Estado en análisis de criterios a nivel específico declara:

La favorabilidad de la oferta no podía constituirse por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y que el más bajo precio o el plazo ofrecido no podía ser el único factor de selección; y por otro lado, que si el plazo ofrecido era menor al previsto en los pliegos de condiciones no sería objeto de evaluación.<sup>302</sup>

En el mismo sentido se hace un análisis específico del criterio “plazo”, entendido como el tiempo estimado para el cumplimiento del contrato, mencionando que de acuerdo a lo anterior dicho criterio junto con el más bajo precio no podrían ser criterio únicos de selección en la evaluación y posterior escogencia de una propuesta, entonces solo podría el plazo ser criterio de selección cuando se analizara y solicitara junto con otros criterios como la experiencia, organización, equipos, precio, etc. Además legalmente se estableció que si el plazo ofrecido era menor al previsto en los pliegos de condiciones no sería objeto de evaluación, estableciendo entonces las entidades en los estudios previos un plazo mínimo y en plazo máximo de ejecución del contrato, siendo aplicable allí este inciso pues si un oferente proponía un plazo por debajo del mínimo establecido por la entidad no sería objeto de evaluación y por tanto no afectaría el desarrollo del proceso ni sería determinante para la elección del contratista, o la mejor oferta. Sin embargo dichos conflictos con respecto al plazo quedaron zanjados cuando la ley 1150 de 2007 eliminó el plazo como factor ponderable, eliminando la posibilidad de asignarle un puntaje.

---

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688). (8 de febrero de 2012). Bogotá D.C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

La experiencia, como factor de escogencia, conforme al principio de selección objetiva, se entiende como el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación u oficio.<sup>303</sup>

Posteriormente el Consejo de Estado se manifiesta particularmente con respecto al factor de la experiencia como criterio de selección objetiva, el cual adquiere relevancia especial pues demuestra que el ofertante tiene la pericia y la técnica necesaria para garantizar la calidad y eficiencia en la ejecución del contrato, permitiendo de esta manera con base en el criterio de experiencia escoger la mejor oferta para la entidad en cumplimiento del principio de selección objetiva.

### **La selección objetiva en la adjudicación del contrato**

(...)el acto de adjudicación no es un acto discrecional de la autoridad competente, sino que es una actividad reglada, pues si así no lo fuera, qué sentido tendría poner en marcha un largo, complejo y costoso proceso licitatorio, si al final la autoridad competente pudiera escoger “a dedo” al proponente favorecido.

(...) el proceso licitatorio se pone en marcha para seleccionar al proponente que ofrezca las mejores condiciones para celebrar un contrato con la administración, y no, para el efecto contrario, como aquí ocurrió.<sup>304</sup>

En esta sentencia se manifiesta que la adjudicación es un procedimiento reglado y en este sentido está regulado acorde con el principio de selección objetiva,

---

<sup>303</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP). (14 de abril de 2005). Bogotá, D.C. CP: German Rodríguez Villamizar.

<sup>304</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No.: 10483. (11 de julio de 1996), Santafé de Bogotá, D.C.CP: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

teniendo la entidad estatal contratante la obligación de adjudicar el contrato a quien presente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los factores a evaluar y en este sentido la opción ofrecida por el comité evaluador como la mejor oferta, siendo posible que la entidad se aparte del concepto del comité evaluador siempre y cuando la opción del comité evaluador no sea la mejor oferta y así lo sustente la entidad en el acto motivado que tiene que presentar argumentando que no tendrá en cuenta el concepto otorgado por el comité evaluador.<sup>305</sup>

Encuentra la sala que el proceso de adjudicación que se cuestiona, estuvo precedido de autorización del Consejo de Ministros, por urgencia manifiesta, para que se adelantara por contratación directa. En estricto sentido la entidad pública no fijó unos parámetros de adjudicación precisos para la escogencia del contratista, como tampoco señaló en qué casos no consideraría una propuesta o que sistema adoptaría para la adjudicación, pero no por ello estaba relevada del deber de selección objetiva, principio rector de la contratación estatal.<sup>306</sup>

En esta ocasión el Consejo de Estado hace un llamado de atención según el cual independientemente al proceso de contratación o la premura con que debe satisfacerse el objeto contractual y por tanto se presenten falencias en la planeación o determinación de condiciones, no es posible en ningún caso realizar una adjudicación escudándose en circunstancias como las anteriormente planeadas, pues sin importar cuales sean las circunstancias o modalidad de contratación siempre debe observarse el principio de selección objetiva, siendo declarado por el Consejo de Estado como principio rector de la contratación.

---

<sup>305</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No.: 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP). (15 de julio de 2004). Santafé de Bogotá, D.C.CP: María Elena Giraldo Gómez

<sup>306</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 25000-23-26-000-1991-7672-01(13793). (14 de junio de dos mil uno 2001). Bogotá, D.C. CP: Ricardo Hoyos Duque.

Ya en un análisis del caso concreto se iba a celebrar un contrato de obra pública mediante administración delegada mediante contratación directa por la causal de urgencia manifiesta en el cual hubo falencias en la determinación de condiciones por parte de la entidad, sin embargo aduce el Consejo de Estado que independiente a dichos errores de la entidad estatal el proceso y la adjudicación debió realizarse en desarrollo del principio de selección objetiva y en este sentido debió haberse escogido la mejor oferta para desarrollar dicha obra, y de acuerdo a la naturaleza del contrato a celebrar “la diligencia que debía tener la contratante a la hora de seleccionar el contratista debía ser mayor, en tanto en este sistema corresponde al contratista encargarse “por cuenta y riesgo” de la administración de la ejecución del contrato y “tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra”.<sup>307</sup>

### **La selección objetiva en el pliego de condiciones**

(...) en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.

Prescribe el artículo 29 que el deber de selección objetiva consiste en escoger el ofrecimiento más favorable, para lo cual se tendrá en cuenta la ponderación precisa y detallada de los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo; descartando en

---

<sup>307</sup> *Ibidem.*

todo caso, factores de efecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.<sup>308</sup>

En este pronunciamiento el Consejo de Estado establece que los pliegos de condiciones deben contener reglas justas, claras, y objetivas, que permitan recibir ofertas que se adapten adecuadamente a las necesidades de la entidad para garantizar que se va a poder satisfacer dicha necesidad y que el procedimiento de selección emprendido por la entidad no será en vano, prohibiendo a la entidad fijar condiciones de imposible cumplimiento o documentos innecesarios, que puedan viciar el procedimiento de selección y entorpecer la escogencia de la propuesta más favorable para lo cual también deberá ponderar de manera objetiva los factores de escogencia sin que puedan mediar en dicha evaluación intereses subjetivos, garantizando así la aplicación del principio de selección objetiva.

En este mismo sentido denotando la importancia de los pliegos de condiciones se manifiesta el Consejo de Estado expresando:

Los pliegos de condiciones son “ la ley que rige el mismo procedimiento de selección, (...) debiendo indicar aquellos con exactitud y precisión el objeto del futuro contrato, los requisitos que deben cumplir los participantes, las causales de rechazo de las ofertas, los términos para presentarlas y para evaluarlas, el plazo para adjudicar, los factores de evaluación, calificación y ponderación, etc., teniendo siempre en cuenta que la finalidad de la respectiva licitación o concurso es la de escoger la oferta más favorable para la entidad, lo cual se logra mediante el establecimiento de criterios y

---

<sup>308</sup>COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Rad No: 811. (17 de abril de mil novecientos noventa y seis 1996). Santa Fe de Bogotá, D. C., CP: Roberto Suárez Franco.

reglas que permitan la comparación objetiva de las ofertas presentadas(...)<sup>309</sup>

En esta oportunidad el Consejo de Estado aborda la gran importancia que tiene el pliego de condiciones para el cumplimiento de la selección objetiva en los procesos de contratación, al recordar que los pliego de condiciones son la ley que rige el contrato y el proceso de contratación sujetando a la entidad estatal y al proponente, razón por la cual deben ser sumamente detallados y precisas al establecer las reglas del proceso de selección como por ejemplo las causales de rechazo de las ofertas, los términos para presentarlas y para evaluarlas, el plazo para adjudicar, los factores de evaluación, calificación y ponderación, etc., fijando parámetros objetivos de evaluación que permitan una comparación en este mismo sentido, evidenciándose la transparencia y selección objetiva en el proceso contractual y selección de la oferta por parte de la entidad toda vez que estuvo acorde con las reglas preestablecidas en el pliego de condiciones.

Al respecto del pliego de condiciones también ha definido el Consejo de Estado que efectivamente este es indispensable para adelantar una adecuada selección objetiva de ahí que si llegase a existir algún error en sustancial presente en la oferta de parte de un proponente es razón lógica de ser rechazada pero cuando el error no tiene significancia como en el caso en concreto se estudió, pues se supo que efectivamente el valor unitario del objeto de contrato llevaba yerros, pero estos no afectaba el valor global, pues este si era fiel reflejo del valor real por lo tanto no se estaba vulnerando lo establecido en el pliego de condiciones de suma relevancia para el Consejo como ya se ha advertido así:

Las propuestas que se presenten deberán referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de

---

<sup>309</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025). (28 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

referencia (núm. 6; art. 30). La entidad al adelantar el procedimiento de evaluación y comparación, puede advertir la presencia de errores o irregularidades en las propuestas con relación a los lineamientos contenidos en el pliego de condiciones, ya sea en el aspecto técnico, económico o jurídico. De presentarse esa situación, deberá definir si los errores son o no de carácter sustancial, con el objeto de corregir los no sustantivos, de tal forma que no se elimine la propuesta que pueda resultar más favorable. La jurisprudencia se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la evaluación de las ofertas y ha destacado la exigencia legal, relativa a que dicha evaluación debe hacerse con base en la ley de la licitación, cual es la contenida en los pliegos de condiciones, sin negarle a la Administración la posibilidad de corregir las ofertas, en caso de advertir que ellas contengan errores, susceptibles de dicho procedimiento.<sup>310</sup>

### **El principio de selección objetiva para el cumplimiento de los fines del Estado**

Al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos...” y en consecuencia, no se puede perder de vista que, en definitiva, la finalidad de todos los procesos de selección de contratistas, licitatorios o de contratación directa, están encaminados a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad, con miras al cumplimiento de tales objetivos; -en caso de empate- la entidad bien puede fundar su decisión en razones de conveniencia y adjudicar el

---

<sup>310</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No: 12663. (18 de octubre de 2000). Bogotá, D.C. CP: María Elena Giraldo Gómez.

contrato a la oferta que, en igualdad de calificación, más se acomode a las necesidades que pretende satisfacer con él.<sup>311</sup>

En este fallo es de suma importancia resaltar la intervención que hace el Consejo de Estado en la cual conmemora que la finalidad de la celebración de contratos es el cumplimiento de los fines estatales mediante la prestación de servicios públicos y por tanto que todo proceso de selección está orientado en la escogencia del ofrecimiento más favorable permitiendo así el cumplimiento de los fines del Estado, razón por la cual aclara que en caso de presentar empate entre dos o más propuestas habiendo cumplido en la misma medida con los factores ponderables y sin que en el pliego de condiciones se haya establecido una forma de desempate, la entidad a la oferta más favorable, en condiciones de conveniencia a la que satisfaga en una mejor medida las necesidades de la entidad.

### **La potestad reglamentaria del ejecutivo no lo faculta para crear criterios de selección objetiva**

El Gobierno Nacional no estaba facultado para establecer vía reglamento modificaciones a la forma de evaluación de las propuestas en procesos de selección de intermediarios de seguros habida consideración que el Constituyente reservó esta materia al Legislador.<sup>312</sup>

En este caso el Consejo de Estado en análisis de los artículos 3º y 4º del decreto 1436 de 1998, establece que no es posible que el ejecutivo establezca criterios de selección objetiva, pues esto excede su potestad reglamentaria al estar reservada

---

<sup>311</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025). (28 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>312</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509). (7 de octubre de dos mil nueve 2009). Bogotá, D. C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

esta facultad únicamente al legislador y al cumplimiento de los criterios establecidos por el legislador a la entidad contratante en razón a que ella podrá fijar criterios más concretos que satisfagan en mayor y mejor medida su necesidad.

### **La selección objetiva de acuerdo al debido proceso, derecho de defensa y contradicción**

Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, (...) en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo:

- cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable;
- no dilatar injustificadamente el procedimiento
- cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados;
- evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer;
- brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc.<sup>313</sup>

En la presente providencia el Consejo de Estado se manifiesta sobre diversos aspectos de la selección objetiva en primer lugar expresa que los derechos al debido proceso, defensa y contradicción son aplicables a la contratación y en este

---

<sup>313</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32 01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10 01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. (3 de diciembre de dos mil siete 2007) Bogotá, D.C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

sentido se deben observar las formas propias de los procesos de selección cumpliendo con todas sus etapas, cumplir los términos, no dilatar el procedimiento, evaluar los ofrecimientos de acuerdo a reglas justas, motivar las actuaciones de la administración y dar la posibilidad de controvertirlas, con el fin de asegurar la aplicación de los principios de transparencia, economía y selección objetiva en el procedimiento contractual, vemos entonces que al garantizar los derechos de debido proceso, defensa y contradicción se está garantizando un procedimiento objetivo.

### **La selección objetiva y el principio de transparencia**

(...) este principio –*transparencia*- aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, (...) en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.<sup>314</sup>

Posteriormente el Consejo de Estado se refiere a la íntima relación existente entre el principio de transparencia y el principio de selección objetiva, toda vez que la aplicación del principio de transparencia conlleva la un actuar imparcial de la administración ajeno a todo tipo de intereses políticos, económicos y familiares, es decir cualquier motivación subjetiva que pueda desvirtuar el procedimiento logrando seleccionar objetivamente la propuesta y del oferente de acuerdo únicamente al criterio de ser lo más favorable para los intereses de la entidad.

---

<sup>314</sup>Ibídem.

Sobre el principio de transparencia en reciente fallo manifestó el Consejo que efectivamente para que las entidades cumplan sus fines deben adoptar los principios que constitucional y legalmente son la base de toda actuación dentro de la gestión contractual, dentro de ellos como ya muy bien se ha advertido, el principio de transparencia del cual se deduce, ramifica y sostiene el principio de selección objetiva:

“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de

- i) la igualdad respecto de todos los interesados;
- ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas;
- iii) la garantía del derecho de contradicción;
- iv) la publicidad de las actuaciones de la administración;
- v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta;
- vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir.<sup>315</sup>

Este mismo año mediante otro fallo el Consejo de Estado asevera que :

---

<sup>315</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Subsección C Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). (31 de enero de dos mil once (011). Bogotá, D.C. CP: Olga Melida Valle de la Hoz.

“Para la Sala, estas circunstancias, evidentemente impedían la selección objetiva en esta licitación, puesto que, para lograr una escogencia de esta naturaleza, el procedimiento debe estar regido por los distintos principios que informan el régimen de contratación de las entidades estatales, y entre ellos, en primer lugar, el de transparencia, el cual implica, entre otras cosas, y conforme a lo indicado en el numeral 5º del artículo 24, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, núm. 12 y el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que el pliego de condiciones debe ser elaborado y estar completo, listo para su entrega a los interesados, antes de abrir la licitación; y además, que es inmodificable e intangible luego de tal apertura, salvo en los casos expresamente autorizados por el Estatuto Contractual”<sup>316</sup>

### **La selección objetiva como deber, regla y principio.**

La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. El deber de selección objetiva, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, norma que establece varios conceptos a saber:

- a) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.
- b) Ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización,

---

<sup>316</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209) (3 de mayo de dos mil siete 2007). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos o sólo alguno de ellos. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no podrá ser objeto de evaluación; y

c) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas.<sup>317</sup>

Finalmente, se hace una referencia explícita al principio de selección objetiva, entendiéndolo desde tres perspectivas como un deber, pues es regla de conducta en la actividad contractual, un principio, pues orienta los procesos de selección y contratación y por último como un fin, pues su objetivo es la escogencia de la oferta más favorable para los intereses colectivos perseguidos por la contratación. Posteriormente se aborda en un análisis más profundo el deber de selección objetiva desde los criterios mencionados en el artículo 29 de la ley 80 de 1993, el cual se encuentra actualmente derogado pero que establecía tres criterios de selección objetiva; el primero, que la selección sea la más favorable para los intereses de la entidad sin consideración de parámetros subjetivos, el segundo, que para la selección del ofrecimiento más favorable se realice de acuerdo a parámetros objetivos ponderables y preestablecidos en el pliego de condiciones y por último, el tercer criterio de la selección objetiva, terminar.

---

<sup>317</sup> *Ibidem*.

Este principio, *-selección objetiva-* que en el caso de la contratación estatal en Colombia también tiene la connotación de regla y por ende de deber, se relaciona directamente con una de las principales libertades que se desprenden del principio de la autonomía de la voluntad: la libertad de elegir con quién se contrata. En efecto, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por la Administración para la consecución de intereses colectivos, la posibilidad de decidir libremente quién va a ser el contratista se restringe al imponerse a la autoridad la obligación de celebrar diversos procedimientos de selección y con ello lograr dos objetivos: de un lado, garantizar escogencias enmarcadas en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia y eficiencia; del otro, asegurar que la oferta escogida sea la más favorable para la finalidades de interés público que se pretenden alcanzar.<sup>318</sup>

De acuerdo a lo anterior el Consejo de Estado manifiesta la profunda relación que existe entre la regla, principio y deber de selección objetiva y la libertad de elegir con quien se contrata, como desarrollo del principio de libre concurrencia, ya que el primero de estos establece una limitante al segundo al imponer una restricción a la libertad de elegir con quien contratar pues la entidad estatal debe elegir de acuerdo a los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficacia, eficiencia y selección objetiva.

(...) aunque podemos sostener que la “selección objetiva” es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada en cada situación en particular, no escapa de la esencia de su definición que la elección del contratista debe obedecer exclusivamente a una decisión neutral y por lo

---

<sup>318</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de dos mil diez 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

tanto producto de una administración imparcial, esto es, sujeta única y exclusivamente al interés general.<sup>319</sup>

A continuación se reconoce que el concepto de selección objetiva es indeterminado a pesar de lo expresado sobre su naturaleza, alcance y criterios, pues como principio tiene esta cualidad y solo es precisado en cada caso en particular, sin embargo no es un concepto absolutamente impreciso ya que se basa en algunos elementos esenciales como que la elección del contratista debe ser neutral, tomada por una administración o entidad imparcial con el objetivo únicamente de satisfacer el interés general.

### **La prohibición de adición superior al 50% del contrato inicial**

El valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual (...) es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación.<sup>320</sup>

Finalmente es importante resaltar la referencia que realiza esta providencia a la prohibición plasmada en el artículo 40 de la ley 80 de 1993 el cual está actualmente vigente donde se expresa que cuando se adicione un contrato el valor de la adición no podrá superar el 50% del contrato inicial, esta medida de acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado no es solo para proteger los procedimientos de selección sino también la aplicación de ciertos principios entre ellos el principio de selección objetiva, por tanto dicha prohibición garantiza el

---

<sup>319</sup> *Ibidem*.

<sup>320</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de dos mil diez 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

principio de selección objetiva en la ejecución del contrato cuando se presente la necesidad de realizar una adición al contrato inicialmente suscrito.

### **La selección objetiva y el principio de planeación**

El Consejo de Estado también manifestó que el principio de selección objetiva va de la mano del principio de planeación por tal que si el proceso no resulta conforme a lo planeado, esto quiere decir que bien el plan pudo haber sido erróneo amañado o que pese a este estar completo y en derecho, la escogencia fue en este caso dada en un margen de subjetividad, así, expreso el Consejo de Estado:

“En ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva pues indudablemente el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta no era el más favorable para la entidad. Y este incumplimiento del deber de selección objetiva también indica que no se cumplió con el deber de planeación pues de haberlo hecho, el negocio se hubiera diseñado de tal manera que la contraprestación por las cosas ofrecidas sería igual a valor que ellas tenían en el mercado en ese momento y en ese lugar. (...)”<sup>321</sup>

### **La selección objetiva en todo proceso de selección**

En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer

---

<sup>321</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No: 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)). (28 de marzo de dos mil doce 2012). Bogotá D.C. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.<sup>322</sup>

En el presente fallo el Consejo de Estado manifiesta que en materia de contratación independiente a la forma de contratar la entidad contratante deberá respetar los principios aplicables a la contratación y los criterios de selección objetiva; y haciendo una referencia específica a la contratación directa menciona que en esta modalidad de selección en atención a los criterios de selección objetiva la entidad deberá previo a la suscripción del contrato realizar un análisis de los factores de experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.

### **Violación del principio de selección objetiva por celebración del contrato por modalidad diferente**

Al celebrarse entonces bajo la modalidad del contrato intuito personae cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP). (14 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>323</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Rad No: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05). (7 de febrero de 2008). Bogotá D.C. CP: Alfonso Vargas Rincón.

En esta ocasión el Consejo de Estado hace un análisis sobre el régimen jurídico aplicable para un contrato específico, después de establecer que el régimen jurídico aplicable a la empresa es el régimen privado en cuanto es una empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, sin embargo aclara que dicho régimen solo regirá para las actuaciones que desarrolle de acuerdo con su objeto esto es la prestación del servicio de telecomunicaciones, y en el contrato específico que analiza la corte no se desarrollaba el objeto de prestación del servicio público, por tanto no estaría sometido al derecho privado sino al derecho público, por tanto al contratar directamente en este caso, se vulnero el principio de selección objetiva por cuanto no hubo pluralidad de oferentes y por tanto no se realizó la comparación y posterior escogencia de la oferta más favorable para la entidad sino que se contrató intuitu persona, sin que se cumplieran los requisitos para hacerlo, incurriendo de esta manera en una irregularidad y violación del principio de selección objetiva, entre otros.

### **3.2 MATERIALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Con el fin de proceder a realizar la aplicación de los conocimientos adquiridos con el desarrollo del presente trabajo, particularmente respecto a la determinación del principio de selección objetiva en la actividad contractual, procederemos a analizar dos empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acuerdo al enfoque y objetivos del presente proyecto.

Las empresas escogidas y sobre las cuales se realizará el análisis son la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P –ESSA- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P –AMB-, dichas empresas fueron escogidas entre las demás empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios atendiendo diferentes criterios, en primer lugar, la trascendencia que representan los servicios

públicos domiciliarios de agua y energía eléctrica en la conciencia social, en segundo lugar, que dichas empresas son por constitución empresas santandereanas cuyos objetivos, prestación eficiente del servicios y políticas sociales, promueven el desarrollo y progreso en Santander, en tercer lugar, e íntimamente relacionado con el criterio anterior, se considera la antigüedad de la empresa, siendo la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P –ESSA- y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P –AMB-las empresas más antiguas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en el departamento y por tanto tienen una mayor trascendencia y apoyo del desarrollo en el departamento, trabajando por Santander desde hace 123 años y 98 años respectivamente, finalmente, como cuarto criterio, es de resaltar que dichas empresas tienen una amplia cobertura en la prestación del servicio público domiciliario, por su parte la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P –ESSA-, tiene presencia en 87 municipios de Santander extendiéndose aun a otros departamentos y prestando el servicio público domiciliario de energía eléctrica a toda la población en todos estratos residenciales, a los sectores comercial, industrial, oficial y alumbrado público; por su parte, el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P –AMB-, garantiza el abastecimiento de agua demandado en el área metropolitana de Bucaramanga teniendo una cobertura poblacional del 100% en su jurisdicción, es decir a cerca de 869.000 habitantes de Bucaramanga, Floridablanca y Girón, de acuerdo a los hechos anteriormente planteado estas empresas se han establecido como las dos empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios más grandes y estables del departamento de Santander.

### **3.2.1 Gestión contractual del y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P.-<sup>324</sup>**

En primera medida se debe realizar una aproximación al reglamento que desarrolla y pone en marcha la gestión contractual de la Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P- en adelante –AMB-, para ello se procederá a explicar los procedimientos estipulados y su correspondiente reglamentación en el Acuerdo No. 003 de junio 29 de 2004 “Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto metropolitano de Bucaramanga S..A.. E..S..P.. y se adopta el nuevo reglamento”, de manera que posteriormente se continúe con el análisis de dichas modalidades en relación con la selección objetiva previamente estudiada, dejando claro que pese a constituir las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios un régimen especial no pueden desconocer los principios rectores entre ellos la selección objetiva, para tal fin conviene aclarar los siguientes puntos:

#### **3.2.1.1 Naturaleza jurídica y objeto de la empresa**

AMB es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, de nacionalidad colombiana, de **carácter mixto**, estructurada bajo el esquema de sociedad por acciones, encaminada a la prestación de los servicios domiciliarios de acueducto y saneamiento básico, así como las actividades complementarias al mismo en las localidades que integran el área Metropolitana de Bucaramanga y demás municipios vecinos a los cuales se extienda la prestación de estos servicios, y, en general, en cualquier lugar del país o del exterior, que, por vía contractual, se convenga en esta gestión.

---

<sup>324</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

Al respecto es conveniente resaltar su composición accionaria de la siguiente manera:

ACCIONISTAS	PORCENTAJE
<b>SECTOR PUBLICO</b>	
Municipio de Bucaramanga	78.6557 %
República de Colombia-Ministerio de Hacienda	15.5135 %
Municipio de Girón	0.9082 %
Municipio de Floridablanca	0.5926 %
Departamento de Santander	0.1509 %
Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga - CDMB	0.0002 %
<b>SECTOR PRIVADO</b>	
Particulares varios(256)	0.1317 %
Acciones propias readquiridas	3.9472 %
<b>TOTAL</b>	<b>101 %</b>

Tabla 3 Fuente <sup>(325)</sup> Relación de Accionistas A.M.B.S.A. E.S.P.

Su **misión** atiende a prestar el servicio de acueducto, asegurando la Sostenibilidad Ambiental, Económica y Social, dentro de este panorama plantea la **política de gestión integrada** en virtud de la cual se proclama como organización líder en la prestación de servicios públicos domiciliarios, en el marco de relaciones de cooperación y beneficio mutuo, ofrece a sus partes interesadas productos y servicios de calidad, cumpliendo con la legislación y normativa vigente, igualmente comprometido con la mejora continua y como empresa Socialmente Responsable, el AMB asegura **la gestión transparente y efectiva de sus procesos** y la

<sup>325</sup> ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P. Información Corporativa [En línea]. < [http://www.amb.com.co/info\\_Corporativa/frmAccionistas.aspx](http://www.amb.com.co/info_Corporativa/frmAccionistas.aspx) > [Citado en 22 de abril de 2014].

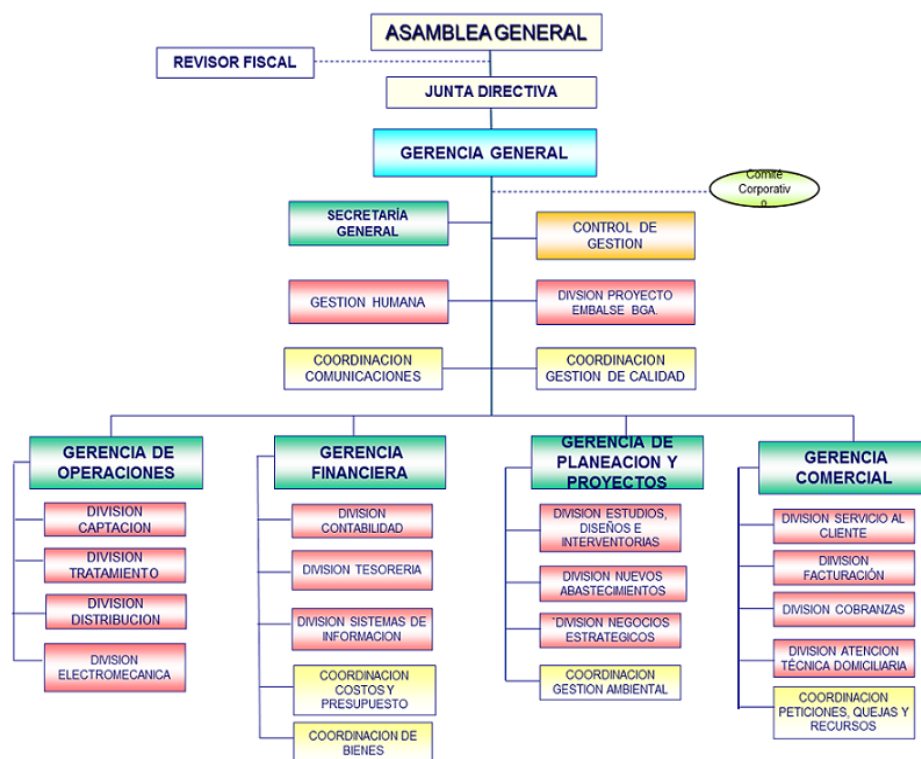
administración de los riesgos asociados con la prestación del servicio. Trabaja en la preservación del Medio Ambiente, la prevención de la contaminación y el control de los aspectos ambientales y fomenta una cultura preventiva y de control sobre los eventos de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional, brindando un mejor entorno laboral.

Como aspecto fundamental dentro de su **políticas**, se establece **la política de transparencia**, la cual está orientada a la formación de valores de responsabilidad y vocación de servicio que garanticen el interés general en la administración pública; la promoción de la publicidad de las actuaciones de los Servidores Públicos; a la prevención de conductas corruptas; y a la identificación de áreas susceptibles de corrupción.

### **3.2.1.2 Estructura organizacional**

Dentro de su estructura se observa que en el caso objeto de estudio, resulta importante identificar el rol de:

- Gerente General de la Empresa,
- División de contratación la cual está adscrita a la Secretaria General,
- Jefe de la Oficina de Control de Gestión,
- Sección de Presupuesto
- Comité Corporativo cuyo objetivo es elaborar y mantener actualizada la programación anual de contratación, la cual se publicará en la Página Web de la AMB.



Gráfica 1 Fuente <sup>(326)</sup> Organigrama AMB S.A E.S.P

### 3.2.1.3 Normas aplicables en materia contractual análisis respecto del principio de selección objetiva

Dentro de los considerandos y en plena coherencia con su política de gestión integral la AMB dentro de su reglamento de contratación establece que de acuerdo a los cambios normativos y jurisprudenciales que se han dado en el País, en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Reforma de los Estatutos Sociales y de la nueva estructura organizacional, se hizo necesario su reforma y actualización, con el fin de hacer que la contratación de la Empresa se realizará en

<sup>326</sup> ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARMANGA S.A. E.S.P. Información Corporativa [En línea]. < [http://www.amb.com.co/info\\_Corporativa/frmAccionistas.aspx](http://www.amb.com.co/info_Corporativa/frmAccionistas.aspx) > [Citado en 22 de abril de 2014].

un ámbito de libre competencia, con criterios de eficaz y eficiente administración, orientada por los principios de buena fe, moralidad, **transparencia, objetividad**, economía, equidad, responsabilidad, igualdad, imparcialidad y celeridad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

En este orden de ideas y de acuerdo al artículo 1 del reglamento de contratación de la AMB, el objeto del mismo es la expedición de las Normas Generales que rijan la contratación del ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P., estableciendo los principios y procedimientos básicos que se deben seguir en esta materia para lograr el cumplimiento de los fines de la Empresa, la continua y eficiente prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios a su cargo y la efectividad de los derechos e intereses de los accionistas y usuarios.

En cuanto a las normas aplicables como ya se explicó con anterioridad se regirán por las disposiciones contenidas en el reglamento y en lo no previsto en él, por las normas comerciales y civiles del Derecho Privado, por las leyes 142, 143 de 1994 y 689 de 2.001, salvo en lo que las citadas leyes dispongan otra cosa. También se regirán por las normas especiales que en relación con cada servicio expidan los órganos competentes. Los contratos financiados con Fondos de Entidades Públicas del Orden Nacional, Departamental o Municipal; de los Organismos Multilaterales de Crédito o la Banca Comercial Internacional y los que se celebren con personas extranjeras de Derecho Público u Organismos de Cooperación, Asistencia o Ayuda Internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y a las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.<sup>327</sup>

Igualmente manifiesta que el reglamento no se aplicara a los contratos especiales de que trata el artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ni al contrato de servicios públicos regulado en el Título VIII, Capítulos I y II de la misma Ley (artículo 2)<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> *Ibíd.*

<sup>328</sup> *Ibíd.*

A la par este reglamento establece que la **competencia para ordenar**, dirigir y celebrar la contratación la AMB radica en el Gerente General, quien podrá delegar la adjudicación y celebración de los contratos con sujeción a las cuantías para ello señaladas y desconcentrar la realización de todos los actos relacionados con los mismos (artículo 4) <sup>329</sup>, por su parte en cuanto a **fuentes de información** manifiesta que para la selección de los oferentes deberá acudirse a la utilización de fuentes de información tales como: registros de proponentes, listados, guías de proveedores, precalificación de proponentes y a cualquier otra existente en la Empresa; también podrá acudir a los registros de las Cámaras de Comercio o de cualquier entidad pública o de instituciones gremiales reconocidas en el mercado. Para la debida publicidad y solicitud de ofertas se utilizarán medios escrito, electrónico, verbal o telefónico según el caso (artículo 5) <sup>330</sup>.

En este asunto se precisa que AMB tiene un mecanismo de inscripción en directorio de proponentes la cual deberá ser adelantada por toda persona natural o jurídica, que aspire a ser invitado dentro de los procesos de selección que adelanta el AMB S.A. E.S.P., dicho documento deberá ser diligenciado con transparencia, pues el AMB S.A. E.S.P., se reserva el derecho de verificar la información.

El AMB en su reglamento de contratación establece 3 modalidades de selección <sup>331</sup>, dentro de las tres modalidades de selección establecidas el AMB manifiesta que el proceso de selección para la contratación directa y para la contratación privada, se formaliza con la carta de invitación que se enviará a los proponentes inscritos y seleccionados, advirtiendo que el sólo hecho de inscribirse no significará de ninguna manera que será invitado por el AMB S.A. E.S.P.

---

<sup>329</sup> *Ibíd.*

<sup>330</sup> *Ibíd.*

<sup>331</sup> Se aclara que el reglamento en su denominación, se refiere a FORMAS DE SELECCIÓN, no obstante se referirá a ellas como modalidades.

Al respecto se debe mencionar que la Empresa puede adelantar los mecanismos que crea conveniente para verificar la aptitud del futuro contratista, esto en razón de que por ser régimen especial y no estar obligados a acatar el artículo 6 de la Ley 1150 en virtud del cual son las Cámaras de Comercio las encargadas de verificar tales requisitos, están en toda su facultad de adelantar dicha revisión de manera discrecional, al respecto debe decirse que la intención del legislador con el artículo 6 de la Ley 1150 fue disminuir y sesgar el margen de acción de la entidad contratante, para efectos de que en esta circunstancia se evitara la exigencia de requisitos que limitaran y restringieran la participación de otros oferentes contrariando el principio de selección objetiva, esto no sumerge a la AMB en un estado de ilegalidad, pues ya se justificó este actuar en su naturaleza especial, no obstante se deja claro la intención del legislador en la Ley 1150.

Por su parte en cuanto a **planeación y control de contratación**, la contratación deberá orientarse con criterio Corporativo y obedecer a una adecuada planeación que considere la eficiente utilización de los recursos, el debido control de los inventarios y el aseguramiento de la calidad. Para el cumplimiento de los objetivos de la contratación ésta debe ser el resultado de un análisis que determine su ***necesidad y conveniencia***, y se deberán tomar las medidas tendientes a su cabal ejecución, a evitar su paralización y a la obtención de los fines propuestos; para su coordinación se designa a la **División de Contratación, adscrita a la Secretaría General de la Empresa**. En la elaboración de su correspondiente proyecto de presupuesto anual, cada una de las dependencias que integran el **Comité Corporativo**, deberá establecer las necesidades de contratación para la respectiva vigencia, para tal efecto, actuará de manera coordinada con la **División de Contratación** y las demás dependencias a fin de lograr la correspondencia con los planes y programas de la Empresa y la mayor eficiencia en la destinación de los recursos y el modo de ejecutarlos.

Con base en el presupuesto aprobado, la División de Contratación elaborará y mantendrá actualizada la programación anual de contratación, la cual se publicará

en la Página Web del ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P. (artículo 6)<sup>332</sup>. Al respecto el Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha manifestado que la selección objetiva y la planeación se articulan en pro del cumplimiento de deberes y satisfacción de intereses colectivos de allí que haya dicho: *“En ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva pues indudablemente el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta no era el más favorable para la entidad. Y este incumplimiento del deber de selección objetiva también indica que no se cumplió con el deber de planeación pues de haberlo hecho, el negocio se hubiera diseñado de tal manera que la contraprestación por las cosas ofrecidas sería igual a valor que ellas tenían en el mercado en ese momento y en ese lugar. (...)”*<sup>333</sup>

En cuanto a la disposición presupuestal esta deberá ser concedida por el Gerente general a través la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal. Sí el objeto del contrato incluye recursos de vigencias futuras, el área comprometida deberá adelantar los trámites previos en coordinación con la Sección de Presupuesto y demás dependencias competentes, para su respectiva aprobación. Sin el cumplimiento de los anteriores requisitos no podrá autorizarse trámite alguno (Artículo 7)<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> *Ibíd.*

<sup>333</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No: 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)).veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012). Bogotá D.C. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>334</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

### 3.2.1.4 Procedimientos de selección del contratista y modalidades de selección<sup>335</sup>

En cuanto a las formas de selección el reglamento de la AMB, consagra tres tipos de contratación al respecto se ilustrará y seguidamente se explicará en su particularidad (Como regla general, la selección del contratista por parte del ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P., se efectuará mediante invitación directa y excepcionalmente, por invitación pública cuando la cuantía sea igual o superior a CINCO MIL (5.000) SMLMV):

TIPO	NÚMERO OFERTAS	PRESUPUESTO
Contratación Directa	Solicitud privada de una oferta (envío de carta de invitación)	Igual, inferior 125 SMLMV
Contratación Privada (Superior a 125 SMLMV, sin exceder 5000 SMLMV)	Solicitud privada de tres ofertas	Superior a 125 SMLMV, igual inferior a 600 SMLMV
	Solicitud privada de cuatro ofertas	Superior a 600 SMLMV, igual inferior a 1200 SMLMV
	Solicitud privada de seis ofertas	Superior a 1200 SMLMV, igual inferior a 5000 SMLMV
Invitación Pública	Abierta	Superior a 5000 SMLMV

Tabla 4 Fuente (<sup>336</sup>) Formas de Selección

#### A. CONTRATACION DIRECTA SOLICITUD PRIVADA DE UNA OFERTA.

(Artículo 9) Se podrá contratar con la solicitud de una (1) oferta o cotización, los contratos de valor estimado igual o inferior a 125 SMLMV 77.000.000 millones de pesos, o de acuerdo a las causales establecidas en los literales del numeral 1.1

<sup>335</sup> Se aclara que el reglamento en su denominación, se refiere a FORMAS DE SELECCIÓN, no obstante se referirá a ellas como modalidades.

<sup>336</sup> ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P. Normatividad. Formas de selección. [En línea]. < [http://www.amb.com.co/info\\_Corporativa/frmAccionistas.aspx](http://www.amb.com.co/info_Corporativa/frmAccionistas.aspx) > [Citado en 22 de abril de 2014].

### **Literales numeral 1.1**

- a) Los contratos de valor estimado igual o inferior a 125 SMLMV.
- b) Los trabajos o servicios que por su especialidad sólo determinada persona pueda ejecutar, o la adquisición de bienes que solamente un proveedor pueda suministrar.
- c) La adquisición de un bien para prueba o ensayo, sólo en la cantidad necesaria para su práctica.
- d) Los servicios profesionales y de capacitación que se deban contratar con determinada persona natural o jurídica en atención a sus calidades.
- e) El desarrollo directo de actividades científicas, artísticas o tecnológicas, que sólo pueda encomendarse a determinados científicos, artistas o expertos.
- f) Los contratos de empréstito
- g) Los casos en que la competencia, las circunstancias especiales de oportunidad del mercado, la confidencialidad o las estrategias de negocios lo hagan necesario, previa autorización del Gerente General.
- h) La ocurrencia de siniestros, calamidades, desastres, fuerza mayor o caso fortuito y cualquier otra circunstancia que no de tiempo para solicitar varias ofertas, a juicio del Gerente General.
- i) La celebración de un contrato, después de declarado desierto un proceso de contratación.
- j) Los contratos y/o convenios que hayan de celebrarse con entidades Estatales, de derecho público del orden Nacional, Departamental o Municipal; establecimientos de educación superior y personas jurídicas en las que la Empresa tenga participación.

k) La realización de obras o la prestación de servicios en el lugar donde exista sólo una Junta de Acción Comunal, Cooperativa, Pre-Cooperativa, Microempresa, Corporación, Fundación u Organización Comunitaria de naturaleza similar. Si en el lugar hay dos entidades de las mencionadas, se solicitará cotización a las dos y si hay más de dos, la solicitud se hará por lo menos a tres de ellas.

l) La ampliación, actualización o modificación de software ya instalado en la Empresa o del soporte del mismo, respecto del cual el propietario tenga registrados tales derechos.

m) Las actividades relacionadas con proyectos pilotos, con los cuales se pretenda lograr objetivos como:

- Demostrar la viabilidad de nuevas tecnologías y la compatibilidad con los sistemas existentes
- Ilustrar a los usuarios sobre las capacidades y las bondades de las nuevas tecnologías
- Adquirir el conocimiento (Know – how) sobre nuevas tecnologías
- Evaluar otros aspectos que permitan analizar la viabilidad de implementar un proyecto con nuevas tecnologías

n) La adquisición o permuta de bienes inmuebles y cuando éstos se tomen o se den a título no traslativo de dominio.

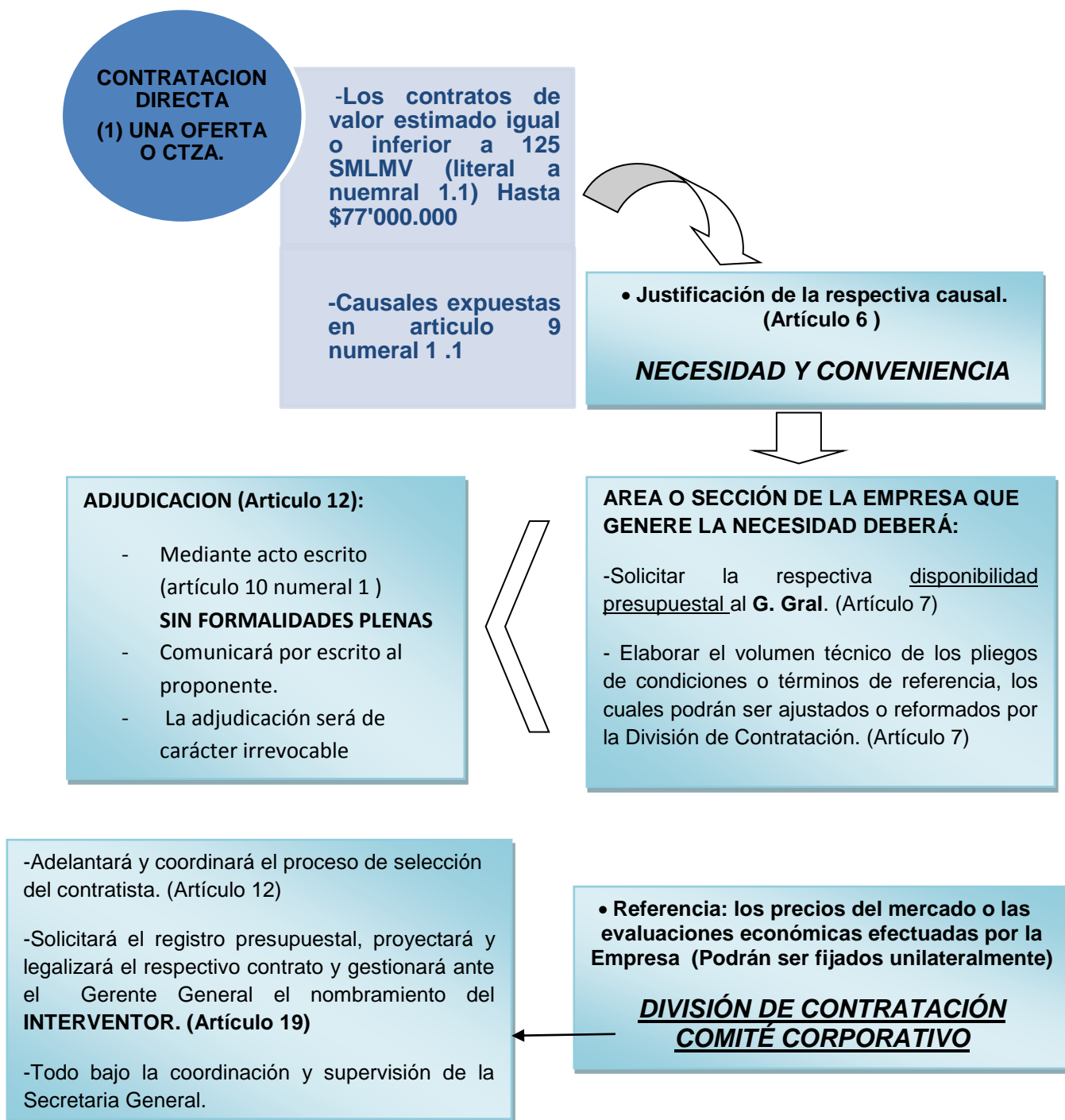
o) Los contratos de asociación a riesgo compartido u otros de colaboración empresarial

p) Los contratos de mercadeo y publicidad de los bienes y servicios, previa autorización del Gerente General.

q) Cuando se trate de precios fijados o regulados por Autoridad Competente.<sup>337</sup>

---

<sup>337</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto

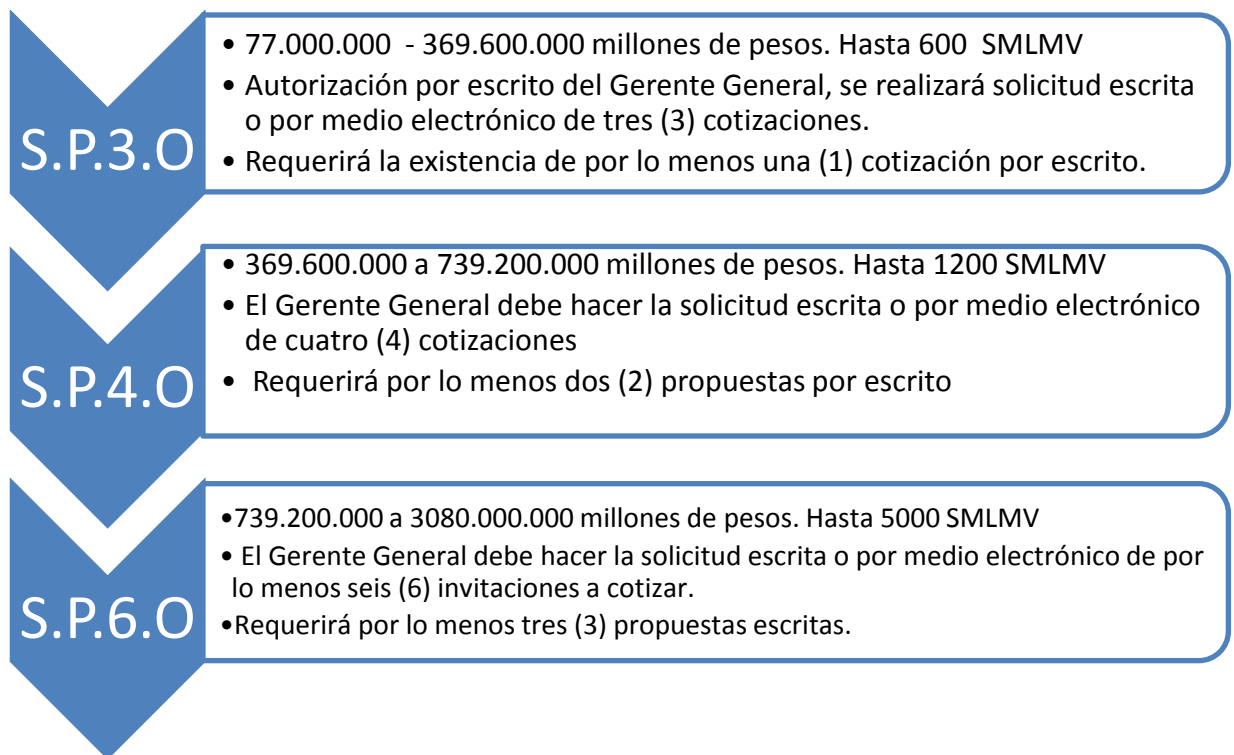


Gráfica 2 Fuente (Las autoras) Proceso de selección.A.M.B.S.A.E.S.P.

metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

## **B. CONTRATACIÓN CON SOLICITUD PRIVADA DE VARIAS OFERTAS:**

(numeral 2 artículo 9) valor estimado del contrato sea superior a CIENTO VEINTICINCO (125) SMLMV, sin exceder de CINCO MIL (5.000) SMLMV, se solicitarán varias ofertas o cotizaciones, por medio escrito o electrónico. En este evento la contratación se efectuará bajo los criterios que se definen a continuación:



Gráfica 3 Fuente (Las autoras) Contratación solicitud privada. A.M.B. S.A. E.S.P

Para adelantar las anteriores ofertas en las invitaciones a ofertar se deben especificar, como mínimo, los siguientes requisitos generales:

- Condiciones que regulen el trámite y procedimiento de contratación.
- Descripción del objeto y alcance de la invitación.

- Cantidades y especificaciones mínimas.
- Cuantía y vigencia de la garantía de seriedad de la propuesta y de las demás garantías que se solicitarán de acuerdo con la naturaleza del contrato.
- Plazo de ejecución.
- Presupuesto oficial dependiendo del contrato.
- Forma de pago.
- Especificaciones técnicas o información de referencia.
- Información básica que debe presentar y cumplir el proponente.
- Documentos esenciales.
- Sistema de evaluación de las propuestas, plazo para la evaluación y adjudicación.
- Demás información y requisitos que se consideren convenientes o necesarios.
- Las propuestas se recibirán en sobres cerrados en la División de Contratación, el día y hora señalados para tal fin.<sup>338</sup>

Frente a estas modalidades de la forma de contratación con solicitud privada establece la parte final de este de este numeral que; no obstante lo exigido, si enviadas las invitaciones y surtido el procedimiento establecido, se presenta un número menor de propuestas, a satisfacción de las necesidades de la Empresa y previa justificación, se podrá contratar con el proponente que hubiese presentado la mejor oferta. Llama la atención que estas modalidades de invitación privada exijan un mínimo bastante reducido de proponentes, lo cual amplía el espectro de análisis en lo que respecta a la libre concurrencia, pues si bien es cierto y ya se anoto es el AMB quien determina las invitaciones a ser oferentes.

---

<sup>338</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

**C. CONTRATACIÓN MEDIANTE INVITACIÓN PÚBLICA:** (numeral 3 artículo 9). Habrá invitación pública para la selección del contratista y la celebración de contratos cuando su valor sea superior a CINCO MIL (5,000) SMLMV es decir una suma superior a 3080.000.000 millones de pesos el procedimiento será el siguiente:

1. Con anterioridad no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha prevista para el inicio de la venta de los términos de referencia, se publicará por lo menos un aviso en un periódico de amplia circulación local, en la página web y en las carteleras de la Empresa, con lo que se entiende iniciado el procedimiento de la invitación.

2. En los términos de referencia “tipo” que se adopten se establecerán, como mínimo, los siguientes requisitos generales:

- Condiciones que regulan el trámite de la invitación.
- Descripción del objeto y alcance del contrato.
- Número mínimo de proponentes
- Fuentes de financiación
- Cuantía y vigencia de la garantía de seriedad de las propuestas y demás garantías que se solicitarán de acuerdo con la naturaleza del contrato.
- Condiciones para la elaboración y presentación de las propuestas
- Criterios para la evaluación de las propuestas
- Plazo para la adjudicación del contrato
- Causales para declarar la revocatoria o declaratoria de desierta de la invitación pública
- Especificaciones técnicas y / o información de referencia

- Todo término de referencia debe contener la minuta del contrato que se pretende celebrar, la información y requisitos que se consideren convenientes y necesarios.<sup>339</sup>

En relación a lo anterior conviene mencionar que este aspecto es de suma importancia pues define las reglas o parámetros necesarios para adelantar dicho procedimiento de tal manera que el eventual contratista tenga conocimiento pleno de los pautas requeridas para poder participar, de igual forma este momento del proceso es fiel muestra de los principios de planeación economía, transparencia y con ello de selección objetiva al respecto el Consejo de Estado ha dicho que: (...) *en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos*<sup>340</sup>

Continuando con el proceso, las propuestas, en sobre cerrado, se depositarán en la urna que para tal fin se ubicará en la División de Contratación. El día y hora señalados para el cierre de la invitación, en acto público se abrirán las propuestas y se levantará un acta con la relación sucinta y el valor de las mismas, que será firmada por el Jefe de la División de Contratación, el Gerente de Área correspondiente, el Jefe de la Oficina de Control de Gestión, o los delegados de cada uno de ellos.

---

<sup>339</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

<sup>340</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Rad No: 811. (17 de abril de mil novecientos noventa y seis 1996). Santa Fe de Bogotá, D. C., CP: Roberto Suárez Franco.

La División de Contratación elaborará un informe de evaluación de las propuestas y la adjudicación se efectuará por parte de la Gerencia General, la cual deberá ser debidamente comunicada al proponente favorecido. La División de Contratación informará a los demás proponentes sobre dicha adjudicación.

Finalmente, se debe hacer referencia a las modalidades de contratación<sup>341</sup> que regula el artículo 10, trámite de los documentos y saneamiento del procedimiento; artículo 13, contratos suscritos por motivos de urgencia; artículo 15 y desarrollo de la figura de la interventoría.

Al respecto el reglamento de contratación de la AMB dispone la utilización de dos clases de contratos en relación a sus formalidades así; el primero **sin formalidades plenas** que será aquél que deberán adoptar cuando se celebren contratos a través de una orden escrita de obra, compra, suministro o servicios, suscrita por el Gerente General o por los delegatarios de su competencia y cuya cuantía no exceda los CIENTO VEINTICINCO (125) SMMLV. El Gerente General reglamentará las condiciones de la orden escrita y la exigencia o no de garantías; decisión que debe estar precedida de un análisis de riesgos. Igualmente reglamentará, si lo considera conveniente, la delegación de competencia para la celebración de este tipo de contratación, en los Gerentes de Área, Secretario General según el caso y cuantías; y el segundo **con formalidades plenas**; se entiende como aquel contrato que se celebre por escrito, con el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la Gerencia General, suscrito por las partes y que cumpla con todos los requisitos exigidos en éste régimen interno para la celebración de contratos. Constarán por escrito los contratos de cuantía superior a CIENTO VEINTICINCO (125) SMLMV.

En relación al trámite de documentos y al saneamiento del procedimiento, establece el reglamento que, si durante el proceso de selección, celebración del

---

<sup>341</sup> Se percibe como el reglamento de contratación del AMB. S.A. E.S.P, denomina de manera indiscriminada, las modalidades de contratación y las clases de contratos; con y sin formalidades plenas de ahí que se advierta el uso de tales términos en diferentes circunstancias del proceso.

contrato y ejecución del mismo, se hubiese pretermitido alguno de los requisitos no sustanciales exigidos en el Acuerdo o en los respectivos términos de referencia para la contratación, según el caso, la Gerencia General podrá ordenar su cumplimiento o corrección si fuere procedente. Efectuada la enmienda, la tramitación se reanudará en el estado en que se encontraba.

En el caso de declaratoria de desierta o revocación del proceso de selección, esta se adelantará cuando a juicio de la Empresa las ofertas presentadas resulten inconvenientes legal, técnica o económicamente para sus intereses, o se presente una justa causa, o no se hubiere presentado oferta alguna, o porque existan razones que impidan la selección objetiva, o porque la empresa detecta acuerdos entre los oferentes para manejar artificialmente las cotizaciones, propuestas, el concurso o licitación. Lo anterior se manifiesta como respuesta a prácticas indebidas o fuera del conducto regular de la contratación establecida por el AMB, así, toda vez que se presente una eventualidad de esta índole, deber declararse desierta o revocado dicho proceso en aras de la transparencia y selección objetiva.

En cuanto a los contratos suscritos por urgente necesidad, establece el reglamento que frente a tales eventos, las áreas interesadas deberán justificar la circunstancia para que la misma pueda ser declarada como urgente. El procedimiento será el siguiente:

La dependencia justificara previo concepto del Comité corporativo, ante el Gerente General quien determinará la procedencia o no de la urgencia, dejando constancia de dicha decisión en el Acta respectiva. El Gerente General, deberá declarar la urgencia, cuando en condiciones normales se hubiese requerido del **proceso de invitación pública o solicitud de varias cotizaciones**, con base en la solicitud justificada de la Dependencia correspondiente y deberá informar en la siguiente Junta Directiva, las causas que dieron origen a la contratación por motivos de urgencia.

Cuando las circunstancias se den en condiciones que afecten o puedan afectar la operación, la seguridad de las personas o de los bienes o la prestación del servicio, no se requiere de un número mínimo de ofertas para contratar y la Gerencia General por intermedio de la División de Contratación adelantará la contratación de las obras para que cesen los motivos que originaron la emergencia, y las obligaciones se pagaran contra presentación de la cuenta de cobro o factura correspondiente. Al respecto cabe mencionar que la Jurisprudencia ha manifestado en varias oportunidades que en estos eventos de urgencia y de contratación sin proceso previo, no se viola necesariamente el principio de selección objetiva pues bien es sabido que pese a la premura la oferta más favorable no debe ser desatendida, así como en sentencia lo advirtió el Consejo de Estado: "En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993."<sup>342</sup>

Finalmente en el AMB la interventoría, control y vigilancia del desarrollo y cumplimiento de los contratos estarán a cargo, de un Interventor designado para tal efecto, quien será el responsable de hacer cumplir el objeto, las condiciones técnicas, económicas y administrativas del contrato, de comunicar oportunamente la ocurrencia de situaciones irregulares que pongan en peligro el normal desarrollo y ejecución del mismo. Todas las actuaciones del Interventor deberán constar por escrito y éste responderá por los hechos u omisiones que le fuesen imputables y que causen daño o perjuicio a la Empresa y por el no cumplimiento de las funciones establecidas en el manual del interventor.<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). (25 de febrero 2009). Bogotá, D.C. CP: Myriam Guerrero de Escobar

<sup>343</sup> BUCARAMANGA. ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 003 de junio 29 de 2004. Por el cual se expiden las normas generales de contratación del acueducto

### 3.2.2 Gestión contractual de la Electrificadora de Santander -ESSA S.A. E.S.P-

En este punto nos proponemos realizar un acercamiento respecto a la Electrificadora de Santander S.A. E. S. P., conocer su naturaleza jurídica, objeto de funcionamiento, estructura orgánica, régimen jurídico y normatividad aplicable a nivel general y a nivel específico en materia contractual, permitiéndonos dicho acercamiento la apreciación de si la Electrificadora de Santander desde una perspectiva general del análisis de su normatividad aplicable en su actividad contractual cumple con el principio de selección objetiva y por tanto sus reglamentos en materia contractual desarrollan las garantías y requerimientos anteriormente desarrollados y que componen el principio de selección objetiva.

#### 3.2.2.1 Naturaleza y Objeto de la Empresa

La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. ESSA es una empresa de **capital mixto**, filial del Grupo Empresarial EPM, dedicada a **la prestación de los servicios públicos de generación, distribución, transmisión, comercialización de energía y actividades conexas**, en 87 municipios de Santander, dos de Bolívar, dos del sur del Cesar y uno de Norte de Santander.

Sus productos y servicios están dirigidos a todos los estratos residenciales; a los sectores comercial, industrial, oficial, alumbrado público, en las modalidades regulada y no regulada.<sup>344</sup>

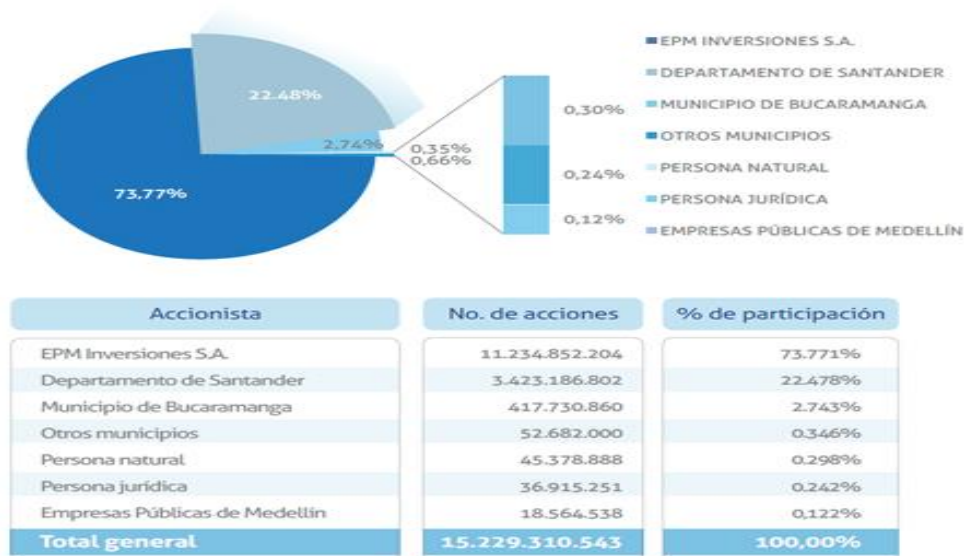
---

metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y se adopta el nuevo reglamento. Bucaramanga, 2004. 24 p.

<sup>344</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. ¿Qué hacemos? [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/%C2%BFQui%C3%A9nessomos/%C2%BFQu%C3%A9hacemos.asp>> [Citado en 22 de abril de 2014].

En este sentido la ESSA es una empresa de capital mixto, encargada y fundada de acuerdo a su objeto de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con principal punto de acción en el departamento de Santander teniendo como población objetiva a quien garantizar la prestación del servicio a toda la población, en todos los estratos sociales, en el sector comercial, industrial, oficial y alumbrado público.

De acuerdo a la naturaleza mixta de le Electrificadora de Santander se entiende que está compuesta por capital público y privado, lo cual es mas evidente en la siguiente grafica que demuestra la composición accionaria dentro de esta empresa:



Gráfica 4 Fuente (<sup>345</sup>) Accionista ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P

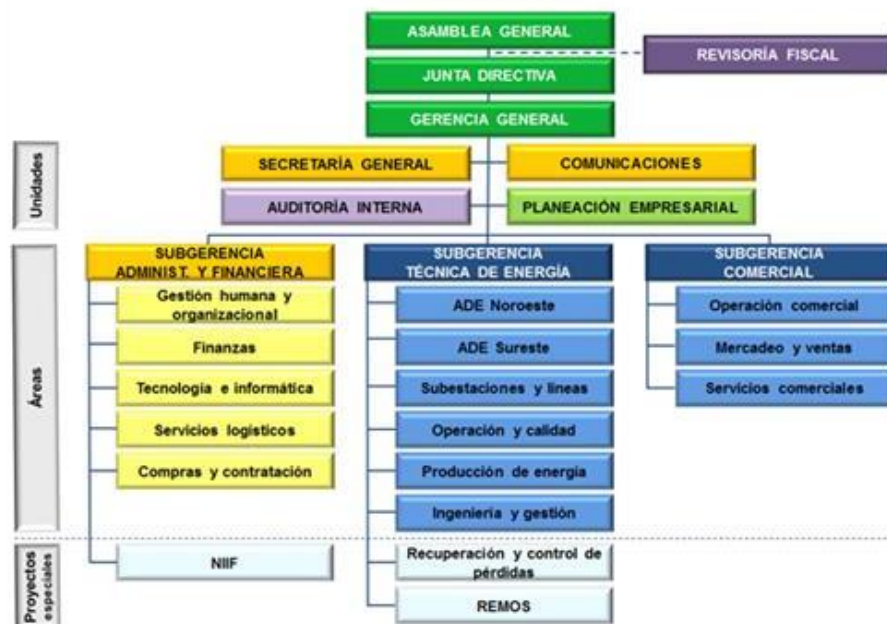
### 3.2.2.2 Estructura organizacional

<sup>345</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. ¿Qué hacemos?. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/%C2%BFQui%C3%A9nessomos/%C2%BFQu%C3%A9hacemos.asp>> [Citado en 22 de abril de 2014].

La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. esta organizada de acuerdo a la siguiente estructura administrativa:

- Asamblea de Accionistas
- Revisoría Fiscal
- Junta Directiva
- Gerencia General
- Cuatro Unidades
- Tres Subgerencias
- Catorce áreas
- Tres proyectos especiales

La anterior estructura administrativa que conforma la ESSA puede identificarse en el siguiente organigrama de la entidad:



Grafica 5 Fuente <sup>(346)</sup> Organigrama ESSA S.A. E.S.P

<sup>346</sup> ELECTRICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. ¿Estructura Organizacional?. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/%C2%BFQui%C3%A9nessomos/%C2%BFQu%C3%A9hacemos.asp>> [Citado en 22 de abril de 2014].

### **3.2.2.3 Régimen Jurídico y Normatividad Aplicable**

La Electrificadora de Santander tiene un régimen jurídico privado, esto en atención a la naturaleza de la entidad en cuanto empresa de carácter mixto y al régimen especial o excepcional del que hace parte por ser una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, por esta razón la regirán las siguientes normas:

- Artículo 209 y 267 constitucionales.
- Normas de derecho privado (Civil y Comercial).
- Reglamento de contratación vigente aprobado por la junta directiva.
- Las acordadas libremente por las partes en desarrollo de la autonomía privada.
- El régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
- Conflicto de Intereses del Código de Comercio.
- Excepcionalmente cláusulas de derecho público.
- Ley 142 de 1994 y demás que regulen el régimen especial de los servicios públicos domiciliarios.
- Ley 1474 de 2011 o Estatuto anticorrupción, mientras no sea contrario a la anterior normatividad.

### **3.2.2.4 Normas Aplicables en Materia Contractual y Análisis Respecto al Principio de Selección Objetiva**

Además de la normatividad mencionada en el anterior numeral deberá observarse en materia de contratación de la ESSA la siguiente regulación específica:

- Pliego de condiciones generales cuantía menor o igual a 100 SMLMV
- Pliego de condiciones generales cuantía mayor a 100 SMLMV

- Gestión en Salud Ocupacional para contratistas
- Acuerdo No. 002 de 2012 - Reglamento Interno de Contratación de ESSA
- Acuerdo No. 004 de 2012 - Contratación de bienes y/o servicios para dos o más empresas del grupo EPM
- Manual de procedimiento para la contratación de ESSA
- Manual de delegaciones
- Manual de Interventoría
- Reglamento comité de compras

Es suma importancia resaltar que la anterior normatividad especial el acuerdo No. 002 de 2012 reglamento Interno de Contratación de ESSA, el manual de procedimiento para la contratación de la ESSA y en menor medida los pliegos de condiciones generales de cuantía mayor a 100 SMLMV y cuantía menor o igual a 100 SMLMV consagran que la contratación de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P se regirá por los principios generales aplicables a la contratación expresados en los artículos 209 y 267, además de los principios de libre competencia, administración eficaz y eficiente, buena fe, moralidad, transparencia, economía, equidad, responsabilidad, igualdad, imparcialidad, celeridad, y publicidad, manifestando de esta manera la sujeción a principios como la transparencia e imparcialidad de los cuales se desprende de acuerdo a su consagración legal y jurisprudencial el principio de selección objetiva, igualmente se refiere a los principios de igualdad, celeridad y publicidad siendo estos de acuerdo al análisis jurisprudencial anteriormente realizado principios que desarrollan y garantizan en cierta medida la selección objetiva.

#### **A. Modalidades de Selección**

De acuerdo a la anterior regulación tenemos que en los procedimientos de contratación de la ESSA existen múltiples modalidades de selección que obedecen a diversos criterios como la cuantía y publicidad de la misma, lo cual en

principio denota una preocupación por desarrollar adecuadamente el principio de selección objetiva, ya que se procura que para los diversos objetos contractuales y cuantías de los contratos exista una regulación preestablecida que determine porque procedimiento debe contratarse, debiendo apegarse a un procedimiento reglado para cada modalidad en atención a la cuantía y publicidad, sin que su determinación pueda obedecer a motivaciones objetivas que propendan por la corrupción o manipulación en la elección de contratistas.

Las modalidades de contratación de la ESSA son en principio las cuatro siguientes:

- **Solicitud de una oferta:**

Se podrá solicitar una (1) oferta o cotización en los siguientes casos:

- La adquisición de bienes y servicios que solo un proveedor pueda suministrar.
- La adquisición de un bien para prueba o ensayo, solo en la cantidad necesaria para su práctica.
- Los servicios profesionales y de capacitación que se deban contratar con determinada persona natural o jurídica, en atención a su calidad y competencias.
- Los casos en que la competencia, las circunstancias especiales de oportunidad del mercado, la confidencialidad o las estrategias de negocios lo hagan necesario; cuando se actúe por delegación, a este proceso deberá preceder la autorización del Gerente.
- La ocurrencia de siniestros, calamidades, desastres, fuerza mayor o caso fortuito y cualquier otra circunstancia que no tiempo para hacer solicitud pública de ofertas.
- La celebración de un contrato, después de declarado desierto un proceso de contratación.

- Los contratos que hayan de celebrarse con entidades estatales y con establecimientos de educación superior.
- Los contratos de bienes y servicios que hayan de celebrarse con personas jurídicas en las que la ESSA E.S.P. tenga participación y las que pertenezcan al Grupo Empresarial EPM, siempre y cuando se celebre en condiciones iguales o mejores a las del mercado.
- La ampliación, actualización o modificación de software ya instalado o de soporte del mismo, respecto del cual el propietario tenga registrados tales derechos.
- Las actividades relacionadas con proyectos piloto, con los cuales se pretenda lograr objetivos, tales como:
  - Demostrar la viabilidad de nuevas tecnologías y la compatibilidad con los sistemas existentes.
  - Ilustrar a los usuarios sobre las capacidades y las bondades de las nuevas tecnologías.
  - Adquirir el conocimiento (Know-how) sobre nuevas tecnologías.
- La ampliación o renovación de plantas o plataforma tecnológica con el proveedor inicial, siempre y cuando presente ventas comparativas frente a los demás provee-dores del mercado.
- Los contratos de mercadeo y publicidad de los bienes y servicios, previa aprobación del gerente.
- La existencia de un contrato para la adquisición de bienes y/o servicios en alguna empresa Grupo Empresarial EPM. Para el efecto se deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - Tratarse del mismo tipo de bienes y/o servicios.
  - El contrato se deberá perfeccionar dentro de la vigencia del contrato originario, independiente del término pactado para su ejecución.
  - La causal no se podrá invocar respecto de los contratos que se deriven del originario.

- Efectuar el estudio de conveniencia y oportunidad que demuestre que se obtendrán ventajas de carácter económico, comercial o de otra índole.
- Los contratos para la prestación del servicio de recaudo por el pago de facturas de los usuarios.
- La Compraventa de bienes o permuta de bienes inmuebles. La adquisición o permuta de bienes inmuebles y cuando estos se tomen o se den a título no traslativo de dominio, previo avalúo comercial cuando se requiera.<sup>347</sup>

De acuerdo a lo anteriormente retratado, se establece que la ESSA podrá utilizar esta modalidad de contratación siendo la que podría afectar en mayor medida el principio de selección objetiva por cuanto se podrá solicitar una sola oferta o cotización para contratar, no existiendo en este caso pluralidad de oferentes, sin embargo esta modalidad por ser la más restrictiva se encuentra expresamente regulada, determinando quince causales taxativas en cuyos casos se podrá acudir a este tipo de modalidad de contratación, apegándose esa única oferta que se recibe a unos procedimientos reglados y parámetros y objetivos de evaluación que darán como resultado el cumplimiento o no de los requerimientos solicitados por la ESSA en cada caso, recordando en este sentido que la selección objetiva no puede corroborarse únicamente cuando existe pluralidad de oferentes sino también por la evaluación y cumplimiento de los requisitos objetivos solicitados por la entidad para esa oferta en particular.

- **Solicitud pública por el sistema de información corporativo:**

La invitación a presentar ofertas o cotizaciones se publicará en el Sistema de Información Corporativo, salvo en los casos señalados en el artículo 10° del presente Reglamento.<sup>348</sup>

---

<sup>347</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. Modalidades de contratación. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/proveedores/eses/contratistas/modalidadesdecontrataci%C3%B3n.aspx>> [Citado en 22 de abril de 2014].

<sup>348</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. Modalidades de contratación. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/proveedores/eses/contratistas/modalidadesdecontrataci%C3%B3n.aspx>> [Citado en 22 de abril de 2014].

La segunda modalidad de selección es completamente diferente a la primera ya que tiene la característica de ser una convocatoria pública, sin que haya limitaciones a la libertad de concurrencia mas que la capacidad publicitaria y de acogida que tenga el sistema de información corporativo, pues es este el mecanismo mediante el cual se hará pública la convocatoria.

- **Solicitud pública mediante el Sistema de Información Corporativo y aviso en uno o en varios diarios de amplia circulación nacional:**

Cuando la cuantía estimada del contrato por celebrar sea igual o superior a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la invitación a presentar ofertas o cotizaciones se publicará en el sistema de información corporativo (página Web) de ESSA E.S.P. y en uno o varios periódicos de amplia circulación nacional, según lo determine el Gerente. Se exceptúan de este procedimiento los casos señalados en el artículo 10° de este Reglamento.<sup>349</sup>

La tercera modalidad de selección guarda similitudes significativas con es la segunda ya que es una convocatoria de carácter público, sin embargo es mucho más garantista pues desarrolla en forma más amplia y completa el principio de publicidad ya que además de la publicación de la convocatoria en el sistema de información corporativo se publica en uno o varios periódicos de amplia circulación nacional, de acuerdo a las directrices que establezca el gerente, esto en atención a la cuantía estimada del contrato a celebrar, pues todo contrato con cuantía estimada igual o superior a los 3000 SMMLV tendrá que llevarse por esta modalidad de contratación.

- **Modalidades Especiales de Contratación.**

---

<sup>349</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. Modalidades de contratación. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/proveedores/eses/contratistas/modalidadesdecontrataci%C3%B3n.aspx>> [Citado en 22 de abril de 2014].

- Proveedores estratégicos
- Solicitud de ofertas no vinculantes
- Contratación de bienes y/o servicios para dos o más empresas del Grupo Empresarial EPM
- Contratos Juntas de Acción Comunal o con otro tipo de organización comunitaria
- Operaciones de crédito
- Recaudo para el pago de facturas usuarios
- Contratos de asociación a riesgo compartido o colaboración empresarial
- Adquisición bienes y servicios con recurso de fondos fijos, cajas menores o solicitud de pago.<sup>350</sup>

En los anteriores casos por la particularidad del objeto contractual o las circunstancias especiales del proceso contractual hacen que sea necesario su regulación especial, para atender adecuadamente la contratación en estos casos, se resalta que dichas causales son taxativas, por tanto únicamente obedecen a un proceso especial por fuera de las anteriores modalidades las circunstancias enumeradas anteriormente.

### **A. Proceso Contractual**

Además de las anteriores modalidades de selección existe una regulación específica para realizar el proceso de contratación, establecida en el Manual de Procedimiento para la Contratación de la ESSA, el cual se establece obedeciendo a criterios específicos de cuantía, formalidades y etapas, determinando que todo proceso de contratación debe desarrollarse y agotar tres etapas: planeación, contratación y administración del contrato.

---

<sup>350</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. Manual de Procedimiento para la Contratación de la ESSA. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/Portals/13/Docs/Encuentro%20proveedores%20ESSA%2018%20dic%202013.pdf>> [Citado en 23 de abril de 2014].

Allí mismo establecen que el fin de una regulación tan particular para el proceso de contratación, de acuerdo a aquellas etapas y a la regulación particular de cuantía, es preestablecer “los pasos o trámites que deben agotarse en el proceso contractual para facilitar su realización y evitar se omita y/o adicionen formalidades o requisitos en cada uno de ellos y se respeten las cuantías y tiempos de cada etapa.”<sup>351</sup>

Manifestando de esta manera su interés por tener procesos de contratación que obedezcan a parámetros objetivos, al estar preestablecidos en sí mismos y sus condiciones especiales, como términos o documentos a proferir o requerir a los participantes; cumpliendo de esta manera en forma adecuada con el principio de selección objetiva, al tener procedimientos preestablecidos y plenamente reglados como es requerido por dicho principio, siendo importante mencionar que también están publicados permanentemente los pliegos de condiciones generales aplicables a toda la actividad contractual, lo que permite evidenciar transparencia en los procedimientos pues atienden criterios objetivos y preestablecidos.

Procederemos ahora a analizar cada una de las etapas del proceso contractual, planeación, en la cual se definen los criterios y la estrategia de negociación; contratación, en la cual se señalan los pasos para la selección de la oferta y administración del contrato, en la cual se formaliza y ejecuta el contrato y se evalúa al contratista en el cumplimiento del mismo.

## **ETAPA DE PLANEACIÓN**

---

<sup>351</sup> ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. Manual de Procedimiento para la Contratación de la ESSA. [En línea]. <<http://www.essa.com.co/site/Portals/0/Docs/Manual%20de%20procedimiento%20para%20la%20contrataci%C3%B3n%20de%20ESSA.pdf>> [Citado en 22 de abril de 2014].

De esta etapa el área requeridora será la responsable de su ejecución, y los subgerentes de área, jefes de área y/o unidad tendrán a su cargo la supervisión, aprobación y cumplimiento de los procedimientos establecidos en el presente manual de la siguiente manera:

- 1.1 Identificar la necesidad objeto de contratación, que le permita cumplir con los objetivos y planes de acción.
- 1.2 Realizar los estudios previos de factibilidad y de mercado, permisos, autorizaciones o licencias, en caso de requerirse; unificando criterios por parte de las diferentes áreas que irán a intervenir o tendrán relación con el objeto a contratar.
- 1.3 Verificar dentro del presupuesto solicitado, que se encuentre incluido el valor del proceso contractual a adelantar.
- 1.4 Tramitar ante la Junta Directiva la autorización de los procesos de contratación de bienes y/o servicios que sean superiores a 2000 SMMLV.
- 1.5 Verificar el plan anual de contratación, debidamente aprobado, con el fin de tramitar el inicio del proceso contractual.
- 1.6 Elaborar y gestionar el trámite del certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo con las necesidades establecidas para el proceso contractual.
- 1.7 Elaborar y organizar los documentos requeridos para el inicio del proceso, de acuerdo con la cuantía y la modalidad de contratación.
  - 1.7.1 En caso de requerir compra de software, hardware, programas y licencias de uso, el área y/o unidad que lo requerirá, deberá contar previamente con el concepto y viabilidad del área de Tecnología e Informática.
  - 1.7.2 Solicitar al área de Compras y Contratación la verificación jurídica y financiera de los documentos requeridos para el inicio del proceso previas las siguientes consideraciones:

- (...)
- (...)
- Los términos de revisión para los documentos del proceso contractual en ningún momento modificaran, retardaran o incumplirán los plazos establecidos para el inicio del proceso contractual; si esto llegare a ocurrir el responsable será el área requeridora quien debe contemplarlos dentro del cronograma contractual. (...)

Respecto a la tapa de planeación es pertinente mencionar que desarrolla adecuadamente el principio de planeación sustentando su contratación en necesidades reales de acuerdo a estudios previos que sustentan la contratación, igualmente es importante resaltar que en los procesos contractuales de la ESSA cuando no sean funciones específicas del área requeridora será competente para el desarrollo del proceso contractual el área de Compras y Contratación, ya en un análisis más específico con respecto al principio de selección objetiva dentro de esta primera etapa de la contratación, es de suma importancia recalcar que se promueve un estricto cumplimiento de los términos establecidos en el cronograma lo cual evidencia un compromiso con la celeridad del proceso, principio relacionado con la selección objetiva por cuanto se acatan los términos preestablecidos sin posibilidad de incumplirlos en pro de manipular el procedimiento.

## **ETAPA DE CONTRATACIÓN**

Esta etapa esta subdividida de acuerdo a la cuantía, existiendo un procedimiento de contratación cuando la cuantía es inferior o igual a 100 SMMLV y otro que comportara mayores exigencias, cuando la cuantía es mayor a 100 SMMLV, así mismo se hace una referencia específica al procedimiento de contratación que

debe seguirse cuando se presente la modalidad de contratación de una sola oferta.

**Contratación: Cuantía menor o igual a 100 SMMLV**

<b>ETAPA CONTRATACIÓN</b>
<b>Cuantía menor o igual a 100 SMMLV</b>
<b>Área encargada: Área requirente y Compras y Contratación</b>
1. Autorización de inicio ante el competente.
2. Publicación pliego.
3. Adenda modificatoria.
4. Cierre de proceso, entrega de ofertas y apertura de sobre único.
5. Análisis técnico.
6. Evaluación económica.
7. Informe de evaluación económica. (Adjudicación, declaratoria de desierto o terminación).
8. Publicación de informe orden de elegibilidad (1 día).

Tabla 5 Fuente (Las autoras) Etapa Contratación cuantía menos de 100 SMMLV

En la contratación cuya cuantía sea inferior o igual a 100 SMMLV a pesar de ser un proceso con menos formalidades que la contratación de cuantía superior a 100 SMMLV, se tiene igualmente un procedimiento estricto que obedece a parámetros objetivos, toda vez que al recibir el área de compras y contratación siendo el órgano principalmente encargado del proceso de contratación, las ofertas las remite a la entidad requeridora para que sea esta quien realice la evaluación técnica de las ofertas, igualmente en atención a parámetros objetivos se realizara la evaluación económica de la propuesta la cual determinara los proponentes habilitados.

Así mismo es de resaltar la aplicación del principio de publicidad en este proceso de contratación, materializado en la publicación de la oferta y la publicación del resultado del proceso, procurando de esta manera el desarrollo de un proceso más transparente, en desarrollo del principio de selección objetiva, con la escogencia dado parámetros objetivos de la oferta más favorable para la empresa.

**Contratación: Cuantía mayor a 100 SMMLV**

<b>ETAPA CONTRATACIÓN</b>
<b>Cuantía mayor a 100 SMMLV</b>
<b>Área encargada: Área requirente y Compras y Contratación</b>
1. Autorización de inicio.
2. Publicación pliego estado preliminar.
3. Etapa de recibir observaciones.
4. Acta de observaciones y declaratoria en firme de pliego.
5. Publicación pliego en estado definitivo.
6. Adendas modificatorias.
7. Cierre de proceso, entrega de ofertas y apertura de sobre No. 1.
8. Análisis contractual y legal, financiero y técnico.
9. Publicación de informe habilitante (2 días).
10. Apertura de sobre No. 2.
11. Evaluación económica.
12. Informe de evaluación económica (Adjudicación, declaratoria de desierto o terminación).
13. Publicación de informe orden de elegibilidad 2 días.

Tabla 6 Fuente (Las autoras) Etapa de Contratación Mayor 100 SMMLV

En esta etapa y de acuerdo a la cuantía superior a 100 SMMLV, es importante resaltar con respecto al análisis del cumplimiento del principio de selección

objetiva en la misma, que nos encontramos ante un procedimiento sumamente reglado lo cual promueve la selección objetiva del contratista, así mismo se tiene que el proceso se debe iniciar y desarrollar en los términos aprobados para el mismo, poniendo de presente la aplicación del principio de celeridad y una gran preocupación por el cumplimiento de los plazos lo que garantizaría el desarrollo del proceso de acuerdo a los lineamientos establecidos.

Es igualmente relevante el carácter preponderante que se le da al principio de publicidad durante todo el proceso contractual, desde la publicación de la oferta en el sistema corporativo o si la cuantía es superior a 300 SMMLV además la publicación en un periódico de circulación nacional, publicación de los pliegos preliminares, publicación del acta de observaciones hasta la publicación del informe de los resultados del proceso en orden de elegibilidad, evidenciándose un desarrollo adecuado del principio de igualdad, el cual desarrolla la selección objetiva de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente trabajados, toda vez que permite en igualdad de oportunidades la participación de las personas como oferentes o libertad de concurrencia, estableciéndose mediante comparación de las ofertas presentadas la que resulte más favorable, como sucede en este caso, toda vez que existe una evaluación de las propuestas que determina el orden de elegibilidad.

### **Contratación: Una sola oferta**

En este caso por ser un proceso de una sola oferta, el cual tiene unas causales específicas para su utilización, se aplica de forma excepcional, tiene un procedimiento más corto y expedito, sin abundancia de formalidades como los procesos de contratación anteriormente mencionados, tanto así que se pueden mezclar fácilmente las etapas de planeación, contratación y ejecución, en cumplimiento de su fin en cuanto procedimiento ágil de contratación, en este sentido particularmente con respecto a la contratación en esta modalidad de

contratación es importante mencionar como lo hicimos con anterioridad que dicho procedimiento a pesar de no obedecer a una comparación entre ofertas, obedece a parámetros objetivos toda vez que para la aceptación, contratación y adjudicación con la oferta recibida, se debe someter a una evaluación técnica la cual debe superar cumpliendo con dichos criterios objetivos habilitando a la empresa para celebrar el contrato con esa oferta.

### **ETAPA DE EJECUCIÓN O ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO**

<b>ETAPA DE ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO</b>
<b>Aplica a todas las modalidades y todas las cuantías</b>
<b>Área encargada: Área requirente y Compras y Contratación</b>
1. Formalización del contrato.
2. Aprobación de garantía-estampilla.
3. Actas para la ejecución del contrato. (Actas de inicio ejecución, terminación y liquidación).
4. Evaluación del contratista

Tabla 7 Fuente (Las autoras) Etapa de Ejecución

En esta etapa el área requeridora o el administrador del contrato deberán sujetarse a los lineamientos fijados en el manual de interventoría y demás lineamientos establecidos en los reglamentos de la ESSA que regulen esta materia.

Por último mencionamos el hecho de que se designe previo a la ejecución del contrato un administrador del mismo cuyas funciones se equiparan a las del interventor en un contrato estatal y en este mismo sentido se rescata la obligación de legalizar el contrato y para ello suscribir garantías, pagar impuestos, etc.

## CONCLUSIONES

Abarcado el temario objeto del presente trabajo, conviene dejar por sentado a manera de conclusión los puntos fundamentales sobre los cuales se desarrolló. De esta manera, quedó claro que el Estado colombiano con la proclamación de la carta política de 1991 constituyó su actuar y el de sus agentes sobre la base de la prevalencia del interés general y el cumplimiento de los fines estatales, de esta forma el Estado encontró en la contratación estatal, la herramienta adecuada para desarrollar y materializar dicho propósito constitucional.

Por su parte, también se concluyó que pese a existir un estatuto general de contratación, la constitución y la ley consagraron la posibilidad y la creación de regímenes autónomos y especiales que atendieran a su naturaleza, no por ello, deja el estatuto de ser una norma de aplicación general para todas las entidades, incluyendo a las que son objeto de regímenes especiales, pues en tal evento el régimen jurídico de su contratación se regulará por tales leyes y por éste, particularmente en los principios que desarrolla.

En cuanto a la prestación de tales servicios conforme al artículo 365 constitucional se instituyó que los servicios públicos fueron establecidos como inherentes al Estado social de derecho, junto con el deber de su prestación por parte del Estado a todos los habitantes dentro de su territorio; teniendo el Estado la obligación principal de obrar como prestador directo de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y velar como ente regulador, controlador y vigilante para que las mismas condiciones sean respetadas por los prestadores de servicios. Así mismo en el artículo 366 constitucional se plasman obligaciones para el Estado, al tener que satisfacer las necesidades básicas de la población, mediante el uso de los recursos públicos.

En este sentido se sabe que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

En este orden de ideas se estudió lo entendido por principio jurídico y su incidencia en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de tal análisis, se dejó por sentado que éstos son vinculantes y de relevancia por su fuerza normativa y criterio interpretativo, constituyendo la base filosófica del engranaje jurídico, de esta manera se determinó que dentro de la base de la contratación estatal, encontramos un conjunto de principios destinados a orientar la gestión contractual, los cuales no podrán ser desatendidos por aquellas entidades que como ya se menciono constituyen un régimen especial, pues la libertad contractual de los entes públicos o estatales particulares que manejen o administren recursos que se someten a regímenes de derecho privado no es absoluta, dado que el ámbito de sus actuaciones se encuentra circunscrito por el interés general, por lo principios constitucionales esenciales y los principios de la gestión fiscal.

Por su parte, la selección objetiva como principio deducido del principio de transparencia, debe ser entendido como principio, regla y deber, el cual demanda una elección y contratación sin atención a consideraciones subjetivas de afecto, políticas, económicas etc. sino en atención exclusivamente a criterios objetivos ya sea de acuerdo a los particularmente exigidos por la entidad o generalmente a criterios como el plazo, la experiencia, equipos, etc., en desarrollo de un ejercicio de ponderación y elección de la propuesta con un puntaje más alto como resultado de la evaluación de dichos criterios lo cual evidencia cual es la propuesta que en cumplimiento de los parámetros objetivos resulta más favorable para la entidad o empresa, igualmente, el principio de selección objetiva se desarrolla mediante la aplicación y el respeto de otros principios, como la libre concurrencia, igualdad,

debido proceso, defensa y contradicción, transparencia, planeación, por tanto si el un proceso contractual engloba tales principios se lograra una selección y contratación objetiva, en cumplimiento del fin último, el interés general.

Finamente se observó que las modalidades de selección de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: Acueducto Metropolitano de Bucaramanga -AMB S.A. E.S.P y La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P ESSA S.A E.S.P, luego de analizar sus regímenes contractuales de acuerdo a su regulación en la materia y teniendo en cuenta su calidad de régimen especial, que dichas empresas desarrollan su actividad contractual con base en los principios generales aplicables a la contratación haciendo mención expresa de ellos en sus respectivos manuales de contratación, y particularmente con el interés de desarrollar el objetivo final del presente trabajo de acuerdo al análisis realizado se concluyó que aplican el principio de selección objetiva, advirtiendo que el mismo se materializa en cuanto concurren ciertos componentes o principios, tales como igualdad de condiciones de los proponentes, oportunidad de concurrencia, publicidad, debido proceso, cumplimiento de los términos, derecho de defensas y contradicción.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATEHORTUA RIOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios. Proveedores y régimen de controles. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 54.

ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. Et al. Compilador, ARCINIEGAS, Felipe de Vivero. Contratación estatal: Aspectos controversiales: Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Ediciones Uniandes, 2006. pp. 223.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del derecho administrativo en Colombia. Los servicios publico domiciliarios. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2002. 1204 p.

ARANGO FRANCO, Jorge León. Derecho Administrativo: estructura de la administración pública. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2013. pp. 160-161.

BENAVIDES. José Luis. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. 2 Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2007. 505 P (19).

BENAVIDES, José. Y SANTOFIMIO, Jaime. Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 22 a 24.

BARRAGAN, Mario. Los principios constitucionales fundamentales en la gestión contractual de las entidades públicas. Su naturaleza jurídica y la determinación jurisprudencial de su contenido y alcance normativo. Tesis de Maestría. Bucaramanga. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2013. P 216.

CARRIÓ, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Abeledo-Perrot, 1970. Vol. 131. p. 54. citado por BARTH, José Francisco. *Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)*, Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Septiembre-diciembre 2005. No. 108. p. 185.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 de 2001. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 640 de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 (09, agosto, 2005). MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (5, Junio, 1992). MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711. 12 de septiembre de 2012. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736. 19 de septiembre del 2007. MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 (19, septiembre, 2007) MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 949 de 2001. (5 de diciembre de 2001) MP. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia 5 de abril de 2001, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-170.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). Bogotá D.C., (19 de julio de 2001). CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad: 11001-03-26-000-1997-02932-01(12932). Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004), CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencias sección tercera de 29 de noviembre de 2006, Exp.16855; 2 de mayo de 2007, Exp.14464; de 20 de febrero de 2008, Exp. 16247.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Rad. No: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005). Bogotá D.C., (29 de agosto 2013). CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta Civil y servicio civil. Concepto de 20 de agosto de 1998. Rad: 1127-98.

*COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO.* Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A sentencia del 24 de agosto de 2005, rad., C.P. Darío Quiñones Pinilla.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), sentencia del 26 de enero de 2006, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-23-26-000-1999-00072-00(17103). (28 de abril de 2005). Bogotá, D.C. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235) DM. (24 de junio de (2004). Bogotá, D.C. CP: Ricardo Hoyos D.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783). (4 de junio de 2008). Bogotá, D.C. CP: Myriam Guerrero de Escobar

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209) (3 de mayo de 2007). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).(8 de febrero de 2012). Bogotá D.C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP). (14 de abril de 2005). Bogotá, D.C. CP: German Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No.: 10483. (11 de julio de 1996), Santafé de Bogotá, D.C.CP: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No.: 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP). (15 de julio de 2004). Santafé de Bogotá, D.C.CP: María Elena Giraldo Gómez

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 25000-23-26-000-1991-7672-01(13793). (14 de junio de dos mil uno 2001). Bogotá, D.C. CP: Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Rad No: 811.(17 de abril de mil novecientos noventa y seis 1996). Santa Fe de Bogotá, D. C., CP: Roberto Suárez Franco.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025). (28 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Rad No: 12663. (18 de octubre de 2000). Bogotá, D.C. CP: María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 05001-23-25-000-1993-01085-01(12025). (28 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509). (7 de octubre de dos mil nueve 2009). Bogotá, D. C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32 01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10 01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. (3 de diciembre de dos mil siete 2007) Bogotá, D.C. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Subsección C Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). (31 de enero de dos mil once (011). Bogotá, D.C. CP: Olga Melida Valle de la Hoz.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No.: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209) (3 de mayo de dos mil siete 2007). Bogotá, D.C. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de dos mil diez 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054) B. (14 de abril de dos mil diez 2010). Bogotá, D.C. CP: Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Rad No:73001-23-31-000-1999-00536-01(22471)). (28 de marzo de dos mil doce 2012). Bogotá D.C. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Rad No: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP).(14 de abril de dos mil cinco 2005). Bogotá, D.C. CP: Germán Rodríguez Villamizar

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Rad No: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05). (7 de febrero de 2008). Bogotá D.C. CP: Alfonso Vargas Rincón.

*COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO.* Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Resuelve Recurso de Casación. Exp. de Referencia: 05360-31-03-001-2003-00164-01. (7, octubre, 2009) MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. 2013. P 29.

DÁVILA VINUESA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. aproximación crítica a la ley 80 de 1993. 2 ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2001. 889 P.

DÁVILA PÉREZ, Javier. "Evaluación del impacto y de los beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y en el Caribe". 2013. EN: SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pp. 84.

DE VALLES, Arnoldo. "I servizipubblici", en "Primo Trattato etc.", página 396. Citado En:MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. P. 4.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

FRANCO GUTIERREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta edición. Bogotá, Editorial Leyer, 2010. pp. 19-20.

FRANCIA. CONSTITUCIÓN FRANCESA DEL 27 DE OCTUBRE DE 1946. Citada por: VIDAL

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. Tomo I. p. 74-75. Citados por: CORTE

GOMEZ LEE, Iván Darío. Contratación Visible. Manual para un buen control de recursos en la contratación pública. Bogotá D.C. Auditoría General de la Nación en coedición con el instituto de Estudios del Ministerio Publico. 2010. Pág. 15.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2012.

GOMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia, Análisis y Comentarios al decreto 1510 de 2013. Legis Editores S.A, 2013.

HAURIOU, Maurice. Manual de derecho administrativo y derecho público en general: el uso de licenciatura y doctorado en Ciencias Políticas, París, P. Larose, 1900-1901, p. 227-237

LAMPREA RODRIGUEZ. Pedro A. Contratos Estatales. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 2007. Pág. 106.

LEON. Duguit, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo 2, 1928, p.70-71, Citado por GUINARD, Dorian. Réflexionsactuelles sur la notion de servicepublic o Reflexión actual sobre el concepto de servicio público. EN: Regardscroisés sur l'économie. Ed. La decouverte, 2007. No. 2

MALDONADO G, Tomas. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. En: Actualidad Jurídica. 2010. vol.1 p.43 – 51.

MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la administración pública, Reforma de la ley 80 de 1993. 2 Edición. Colombia. Universidad Externado de Colombia.2009. 1277p.

PULIDO SIERRA, Luis Jaime. Servicios públicos domiciliarios, estudio crítico del régimen legal, contractual y de los derechos de los usuarios. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. pp 118-119.

POVEDA GOMEZ, Abdón Alejandro. Servicios públicos domiciliarios la calidad de vida, un derecho fundamental de la persona. Medellín, Biblioteca JurídicaDike, 2010. pp. 19-21 Citado en: ROMERO RODRIGUEZ, Laura Alejandra. Relación entre servicios públicos domiciliarios de agua y saneamiento básico sobre procesos de asentamientos urbanos. Estudio de caso: ciudad porfía (asentamiento

informal) y villa codem (asentamiento formal), Villavicencio, 1983 – 2013. Algunos principios de los servicios públicos domiciliarios

PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado Social y Administración Pública. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1.982. Pág. 143.

RICO PUERTA. Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Sexta edición. Bogotá. D.C. Editorial Leyer. 2009. Pag.232.

PALACIO HINCAPIE. Juan A. La contratación de las entidades estatales. 5 Edición. Medellín. Editorial Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2005. Pág. 35.

ROA FONSECA, Rafael. La contratación en el municipio colombiano, teórico-práctico. Segunda Edición. Colombia, Armonía impresores Ltda. 2013.

REYES YUNIS, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal. Bogotá. D.C. Editorial Universidad del Rosario.2007. Pág. 80.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual Público. Legis Editores S.A., 2014. pag.194.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Bases constitucionales de los servicios públicos*, en: *Segundas jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.2001.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 12. edición. Bogotá. Legis. 2004. p 356.

YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. 8 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2005. 833 p.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 109.