

EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS
DE CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

HERNÁN VICENTE BUSTOS MORALES

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, D.C.
OCTUBRE DE 2011

EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS
DE CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Ensayo para optar al título de especialista en
Contratación Estatal

HERNÁN VICENTE BUSTOS MORALES

Doctor
CESAR AUGUSTO DOMÍNGUEZ
Asesor

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ, D.C.
OCTUBRE DE 2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
1. EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONTRACTUAL PÚBLICO COLOMBIANO.....	7
2. BREVE RESEÑA SOBRE EL PROCESO DE SELECCIÓN A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS.....	12
3. LA VISIÓN DOCTRINARIA DEL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD DESDE EL POSITIVISMO NORMATIVO.....	14
4. LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD.....	23
CONCLUSIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	27

INTRODUCCIÓN

La Ley 1150 de 2007 dispuso para los operadores jurídicos con competencias funcionales para tramitar procesos de selección de contratistas, que en la elaboración de los pliegos de condiciones, concretamente frente a los requisitos atinentes a la capacidad jurídica y a las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, tales exigencias deben ser adecuadas y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. Además, que sus intervenciones se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, que se aplicara, integralmente, la normatividad que regula la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, los particulares del derecho administrativo¹, sin olvidar, desde luego, los precedentes jurisprudenciales de nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional.

La señalada prescripción normativa expresa puntuales contenidos de naturaleza axiológica y teleológica: aquéllos que propenden por la materialización de principios éticos y morales; éstos, que propugnan por la realización definitiva de una legítima aspiración colectiva, cual es la moralización de la acción administrativa de nuestras autoridades en un escenario tan sensible como la contratación estatal, que sin duda alguna constituye el mecanismo a través del cual, la sociedad colombiana espera que el Estado cumpla con los cometidos que le impone el artículo 2º de nuestro Estatuto Fundamental. El respeto irrestricto a los principios constitucionales y legales que deben estar presentes en todo proceso de contratación, evidencian nuestro tránsito seguro hacia estados evolucionados

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, art. 23.

de dignificación social individual y colectiva, que fluyen tanto de los enunciados del artículo 209 de la Carta como de los principios incorporados por el legislador en el Estatuto General de la Contratación Administrativa.

Si bien el servidor público investido de competencias para adelantar procesos de selección de contratistas, cuenta con amplias facultades que la misma ley le ha otorgado para definir las reglas y condiciones en el pliego, como instrumento que regula y disciplina cada proceso, esa misma discrecionalidad debe interpretarse y ejercitarse en el marco del contenido normativo que consagra el principio de responsabilidad y que no puede constituir un poder susceptible de expansión indefinida e ilimitada, ya que en el ámbito de nuestro Estado social de Derecho rige el **principio de mensurabilidad** de todas las competencias públicas rigurosamente regladas y de su necesario control y limitación². Téngase en cuenta que es nuestro propio ordenamiento positivo el que advierte que, de una parte, *“Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia³”*, y, de la otra, que *“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 fines⁴”*.

En suma, que en este universo, esto es, en el ejercicio de la gestión contractual, el operador jurídico tiene la imperiosa obligación de

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Arts. 6 y 123 inc. 2º.

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, Art. 24, num. 7º.

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, Art. 3º.

autocontrolarse y de autolimitarse en su facultad para interpretar de las normas aplicables a cada evento de selección, sin permitir que ese poder discrecional puesto a su alcance por la misma ley, se torne en arbitrario e irresponsable.

1. EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONTRACTUAL PÚBLICO COLOMBIANO

La ***mensurabilidad***, como principio supra normativo y abstracto, se expresa a través de la constelación normativa que rige la gestión contractual de todas las entidades y organismos estatales, sin excepción alguna, esto es, que se extiende aún a aquéllas y a éstos, sean o no destinatarios expresos del Estatuto General de la Contratación Administrativa, entrelazándose y articulándose, como dique de contención de la arbitrariedad y la autocracia, con el catálogo de reglas y principios consagrados en las normas supranacionales, la Constitución y la ley, para hacer tangibles los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra y privilegia para ser exigidos a título individual o colectivo por nuestra sociedad.

Del señalado principio se ha ocupado nuestra Corte Constitucional, Corporación que a través de su prolífica pedagogía nos ilustra sobre el tema en los siguientes términos:

“La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues “en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las

circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede⁵.

“La discrecionalidad no significa (...) que el acto cumplido en ejercicio de ese poder no pueda ser suprimido por las normas preexistentes y los postulados enunciados, ni anulado o controvertido judicialmente, ya que en el evento en que éste sea ilegal, bien por razones de incompetencia, vicios de forma, falsa motivación desvío de poder o violación de la ley, deberá así ser declarado por la jurisdicción competente.

“Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, (...).

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado (...).”⁶.

En este escenario hermenéutico, puede afirmarse con relativa validez jurídica, que las entidades y organismos destinatarios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, desde luego, también aquéllos sujetos a regímenes especiales, gozan de una amplia discrecionalidad en la elaboración de los pliegos de condiciones necesarios para materializar sus procesos de selección de contratistas, potestad que debe entenderse en la dilatada órbita de las opciones materiales del mundo

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 19 de julio de 1995, expediente D-759, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

de la contratación estatal, rigurosamente sometida al imperio de la ley, de la ética y de los postulados axiológicos que nos puedan guiar en la construcción de un auténtico Estado social y democrático de derecho. Se impone entonces, en este universo, tener presente, en todo caso, que el principio de *mensurabilidad* se encuentra íntimamente ligado a los principios de **transparencia** y de **responsabilidad** consagrados en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, postulados axiológicos de los cuales dimanarían precisos mandatos entre los cuales evocamos los siguientes: (i) *En los pliegos de condiciones se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección;* (ii) *se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de propuestas u ofrecimientos de la misma índole que aseguren una escogencia objetiva;* (iii) *no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;* (iv) *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 arbitraria y exclusiva de la entidad convocante*⁷.

Otros cánones legales previenen, en tratándose de la capacidad jurídica, que las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización requeridas de los proponentes, deben ser adecuadas y proporcionales a la naturaleza del contrato que habrá de celebrarse y a su valor⁸.

RICO PUERTA identifica a través del examen del numeral 5º del artículo 24 del Estatuto Contractual un catálogo de condiciones que conducen a materializar con objetividad y seriedad los pliegos de condiciones, aspectos que extractamos a continuación:

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, Art. 24, num. 5º lit. a), b), d), e),

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007, art. 5º, num. 1º.

“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 quedar desiertos la licitación o el concurso, lo cual puede tener lugar cuando medien motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, mediante acto administrativo motivado en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a tal decisión, como lo precisa el nral. 18 del artículo 25.

“(...)”

“d. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad, derivadas del erróneo suministro de datos, informes o documentos”⁹.

“(...)”

A las observaciones precedentes debemos agregar aquellos imperativos mandatos que dimanen del artículo 25 del Estatuto, según los cuales, (i) *“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”*; (ii) *“Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”¹⁰*

En consecuencia, los pliegos de condiciones deben expresar ontológicamente los principios que rigen tanto la contratación estatal como aquellos que orientan la función administrativa, consagrados en los artículos 209 de la Carta y 9º de la Ley 489 de 1998, procurando materializar la legítima aspiración colectiva según la cual el Estado, a través de esta herramienta de acción y de gestión administrativa, alcance la satisfacción de

⁹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer, quinta edición, Bogotá, Colombia, 2007, p. 634 -635.

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993, art. 26.

sus cometidos consignados en el artículo 2º Superior, en un contexto en que todos aquellos colaboradores contratistas, a partir del presupuesto de una debida planeación, concurren al llamado de las entidades estatales, bajo la premisa de que en cada proceso de selección se harán tangibles los principios de responsabilidad, libertad de concurrencia, publicidad, transparencia, lealtad e igualdad, entre otros, y en este escenario, impregnado de tensiones que naturalmente se expresan en todo evento de sana contienda, el Estado logre objetivamente seleccionar la oferta más favorable a sus intereses, de conformidad con criterios de evaluación y ponderación adecuados, razonables y proporcionales¹¹.

¹¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El Pliego de condiciones en la Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2010, p. 43.

2. BREVE RESEÑA SOBRE EL PROCESO DE SELECCIÓN A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1150 DE 2007 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS

Con la promulgación de la Ley 1150 de 2007, podemos afirmar que el proceso de selección cuenta hoy, bajo la normatividad legal y reglamentaria vigente, con una etapa anterior al proceso precontractual propiamente dicho, perfectamente definida, etapa que constituye la génesis en la convocatoria pública: la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y su publicación en el SECOP, como actos simplemente preliminares o preparatorios del proceso, según la comprensión que sobre el tema acojamos de un amplio sector de la doctrina nacional, pero cuya leal observancia definirán y garantizarán el derrotero seguro de cada proceso o su fracaso, con las previsible pérdidas de recursos económicos, humanos, de credibilidad institucional y política, así como de sus eventuales consecuencias disciplinarias, fiscales, etc.¹²

A partir de estos elementos normativos, consideramos, se materializan dos reglas fundamentales en la selección de contratistas del Estado: la legalidad y la selección objetiva.

El artículo 5º de la ley 1150 de 2007 define como *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*. Para tales efectos, el legislador ha considerado necesario el respeto, entre otros, a los criterios consignados en la norma in fine y la ponderada preparación de los estudios previos y documentos relacionados en el artículo 3º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

¹² GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Op. Cit., p. 22.

En análogo sentido, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que regula el proceso de licitación, consagra la obligación institucional de elaborar los correspondientes pliegos de condiciones, sin incorporar en ellos, cláusulas ineficaces que precisamente proscribe el numeral 5 del artículo 24 del mismo Estatuto.

Este precepto consagra como ineficaz de pleno derecho, entre otros defectos de formación de las estipulaciones vertidas en los pliegos, el hecho de no definir reglas objetivas, justas, claras y completas que hagan nugatorio el propósito teleológico de procurar, a través de la aplicación de esta herramienta de acción estatal, el cumplimiento de sus fines, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos¹³ y correlativamente, la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que en todo evento debe observarse rigurosamente¹⁴.

¹³ Cfr. Ley 80 de 1993, artículo 3º.

¹⁴ Cfr. Ley 80 de 1993, artículo 21.

3. LA VISIÓN DOCTRINARIA DEL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD DESDE EL POSITIVISMO NORMATIVO

Continuando nuestro trabajo bajo las orientaciones doctrinarias del profesor González López, tenemos que la intensidad o modulación de los pliegos de condiciones ha dado lugar a distintas posiciones doctrinarias¹⁵. Por una parte, identifica la doctrina la existencia de un amplio margen de libertad de valoración a favor de la administración para que en cada caso concreto establezca el contenido del pliego de condiciones, en especial al señalar las reglas y los criterios objetivos y razonables para adelantar el proceso de selección y sin perjuicio de los límites que debe respetar.

“Esta discrecionalidad ajustada a los principios del proceso se observa al determinar las especificaciones y características del objeto, la identificación de los criterios de habilitación o de rechazo de la oferta y su calificación, y también sobre los criterios que deben ser ponderados y la medida de dicha ponderación.

“Calidades relacionadas con el proponente, como son su experiencia, capacidad financiera y organización, que pueden ser requisitos de rechazo de la oferta o de ponderación según la modalidad del proceso de selección, o el menor plazo en procesos de licitación distintos de obra, o aspectos relacionados con el objeto y su descripción técnica, deberán ser apreciados por la administración al momento de elaborar el pliego de condiciones de la manera que mejor consulte la satisfacción de la necesidad del interés público, y bajo criterios razonables adecuados, objetivos y proporcionales a las particularidades del proceso contractual que se adelante. Esta delimitación a cargo de la administración se ha considerado como parte de la facultad discrecional al elaborar el pliego o también bajo la institución de los conceptos jurídicos indeterminados.

“Por otro lado, se afirma con fundamento en la noción de discrecionalidad del artículo 36 del C.C.A., de la misma Constitución Política y de la Ley 80 de 1993, que la administración no goza de una amplia discrecionalidad como se menciona en la providencia sino que necesariamente debe estar conforme con los fines de la norma que lo

¹⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Op. Cit., p. 87.

autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa como lo ordena el precepto.

“En realidad, no existe tanta diferencia en las posturas señaladas y en la mayor o menor discrecionalidad en la configuración de los pliegos de condiciones por parte de la administración, pues aunque existe dicha discrecionalidad, como ya se señaló, ella se enmarca en el respeto al principio de legalidad y a los demás principios aplicables al proceso contractual. Como es sabido, los actos son más o menos reglados o más o menos discrecionales, según la naturaleza de la actuación administrativa.

“El proceso precontractual tiene su fundamento e inicio en las reglas señaladas por la administración en el pliego de condiciones, el cual con un grado de discrecionalidad define su contenido, en sus dos grandes capítulos: las reglas del proceso de selección y las reglas aplicables al contrato, todo en acatamiento al principio de legalidad.

“La misma providencia donde se sostiene este amplio margen de configuración señala luego los límites que debe respetar la administración respecto, en primer lugar, de los elementos reglados, como son la competencia, los motivos y el fin propio de todo acto administrativo; y en segundo lugar, respecto de los principios generales del derecho y en particular de los principios que orientan el ejercicio de la función administrativa. Sobre el particular también se citan los principios de igualdad e imparcialidad; el principio de objetividad; el principio de proporcionalidad; el principio de racionalidad y razonabilidad y el alcance del control judicial sobre los referidos principios, en la medida de su consagración expresa o inferida en diferentes normas de la Ley 80 de 1993”¹⁶.

Para integrar los aspectos que debemos tener en cuenta en orden a precisar el tema que capta nuestra atención, debemos decir, además, que ante este principio de rango supranormativo, pero de ineludible aplicación y acatamiento, la administración está obligada a cumplir con el incancelable deber de planeación integral para la elaboración del pliego, y es responsabilidad suya que los requerimientos y condiciones incorporados sean claros, precisos y completos. De allí se predica la imposibilidad jurídica de trasladarle a los particulares u oferentes, una responsabilidad individual o

¹⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. Op. Cit., p. 87-90

compartida en la materia, pues es la entidad convocante quien debe asumir la carga de claridad, de precisión y de consistencia al momento de definir la necesidad que debe satisfacer, de sus condiciones precontractuales, incluyendo en ellas los estudios previos, así como de definir los requisitos necesarios que le permitan tramitar exitosamente el proceso de selección y de contratación para guiarlo a su feliz culminación.

“La administración está obligada a elaborar los pliegos de condiciones y a detallar especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes; la determinación y ponderación de los criterios de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“Así mismo, y mientras se mantenga vigente el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, debe contener en forma mínima los requisitos señalados en el artículo 6º de esta norma.

“Por lo tanto, si el pliego de condiciones es incompleto, establece reglas subjetivas o equivocadas especialmente en la evaluación y ponderación de las ofertas, no comprende todos los estudios propios del principio de planeación u omite el cumplimiento de requisitos obligatorios y previos al proceso (licencias de construcción, licencias ambientales, adquisición de predios concordante con la ruta crítica del proyecto), será una responsabilidad que debe asumir la administración, dada la carga de claridad que le es imputable en el documento que va a regir todo el proceso contractual.

“Los errores en el contenido del pliego que hayan dado origen a una equivocación del oferente y futuro contratista acerca de las condiciones en que se ejecutará el futuro contrato no permiten endilgar el riesgo de su ejecución al particular.

“Si el oferente presenta su oferta con fundamento en los estudios previos y en el contenido del pliego, y son incompletos o errados, habrá responsabilidad de la administración¹⁷.

¹⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 91-93.

Así las cosas, hasta el momento ha quedado claro que la carga de claridad y precisión integral en la definición del contenido del pliego de condiciones está a cargo de la entidad u organismo convocante y, correlativamente, que las cláusulas anfibológicas o confusas, que no hayan sido precisadas con absoluta lealtad para con los oferentes durante el proceso de selección, serán responsabilidad de la administración.

“Resultaría desproporcionado y contrario a la equidad –comenta GONZÁLEZ LÓPEZ- que la administración tuviera la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones. Lo anterior, sin perjuicio de aplicar las normas de interpretación que consagre el mismo pliego de condiciones, pues en tal caso no habría duda en la aplicación de los preceptos sobre la prevalencia de unas estipulaciones sobre otras.

“Por ello el contrato que surge de un proceso de selección soportado en un pliego de condiciones tiene el carácter de contrato de adhesión, y así este tipo de cláusulas deben ser interpretadas en contra de quien las elabora¹⁸”.

Por lo anterior, no dudamos en afirmar que el pliego de condiciones materializa un complejo ejercicio jurídico y dialéctico frente a sus eventuales oferentes y a sus contratistas, al cual deben concurrir, en la inmensa mayoría de los casos y salvo contadas y excepcionales circunstancias, un idóneo y suficiente equipo interdisciplinario que le permita a la administración convocante plasmar su necesidad y sus aspiraciones contractuales de una manera seria y leal, esto es, materializar un verdadero y fructífero ejercicio creativo de relaciones negociales con sus colaboradores los proponentes y contratistas, para lograr la realización de los cometidos estatales que predica nuestro Estatuto Fundamental¹⁹.

¹⁸ GONZÁLEZ LÓPEZ. Op. Cit., p. 94- 95.

¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 2º.

Aceptamos que, si bien, este ejercicio dialéctico, esto es, el pliego de condiciones, no permite plasmar todas las eventualidades que en el amplio y dilatado universo de las posibilidades humanas pueden presentarse, sus estipulaciones si deben permitirle a los interesados desentrañar los propósitos teleológicos y de todo orden que procura la entidad convocante, así como los elementos fundamentales que tendrá en cuenta en el momento culminante de la adjudicación del contrato²⁰.

Es por ello que, en todo caso y sin excepción alguna, debemos tener en cuenta que el propósito fundamental en cada proceso de selección y en el contrato que se ejecute, siempre será, como ya lo habíamos consignado, el cumplimiento material de los propósitos sociales que traducidos en derechos fundamentales integran ese catálogo superior que exalta y privilegia nuestra Carta Política, de manera pragmática, con lo que correlativamente se garantizará la satisfacción de las necesidades del colectivo social, procurando alcanzar los más altos niveles de optimización en la inversión de los recursos públicos, como ingredientes éticos y morales que la sociedad colombiana legítimamente aspira a consolidar, para hacer realidad ese sueño de porvenir compartido del que nos hablara VEDEL²¹.

“Por ello, la Administración no puede incluir en la ponderación de las ofertas criterios subjetivos que determinen un campo de discrecionalidad o conveniencia por parte de los funcionarios evaluadores, y ha sido la tendencia reiterar este precepto en la recientes reformas legales para eliminarlos en la evaluación y en la ponderación de las ofertas.

“No hay discrecionalidad en la selección del oferente, y por ello se ha calificado la adjudicación como un concepto jurídico indeterminado, con el fin de señalar que la administración puede escoger una sola solución justa, esto es, la oferta que obtenga la mejor ponderación. No

²⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Expediente 23003, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ VEDEL, George. Derecho Constitucional, Sirey, 2ª edición, París, 1984.

obstante, a tal punto se ha considerado su control judicial riguroso, que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la adjudicación corresponde a un acto de naturaleza reglada y no discrecional.

“en este sentido, la Corporación había señalado inicialmente que si bien el procedimiento de adjudicación es reglado, la administración guarda un margen de discrecionalidad para hacer la adjudicación, porque ella siempre implica un juicio razonado de alternativas que culminan con la selección. Sin embargo, luego afirmó que es una facultad reglada porque de otro modo supondría introducir un elemento de injusticia, incertidumbre y de evidente antijuridicidad, pues debe sujetarse rigurosamente a los pliegos de condiciones en especial en cuanto a los criterios de evaluación y ponderación. En el mismo sentido se pronunció nuestra Corte Constitucional²²”.

Obsérvese cómo, en un universo normativo como el nuestro, en el que la administración se encuentra investida de poderes exorbitantes que se expresan a través de las cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho común, escenario en que tales prerrogativas se encuentran radicadas en cabeza del Estado y se manifiestan en los procesos contractuales de sus entidades y organismos, el ejercicio de la facultad y capacidad contractual encuentra marcadas limitaciones frente a los actores en la actividad privada, así: mientras los sujetos de las relaciones negociales en el derecho privado pueden elegir de manera autocrática y prácticamente sin limitación alguna, sus extremos de la relación contractual; en el ámbito de la contratación estatal, tales potestades autocráticas desaparecen para privilegiar los procedimientos de selección objetiva en los que imperan, de manera rigurosa, los principios vertidos en el Estatuto General de la Contratación administrativa y en el artículo 209 de la Carta, fundamentalmente²³.

²² GONZÁLEZ LÓPEZ. Op. Cit. p. 116 y 117. Cfr. Sentencia T-147/96, expediente T-83897, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. El Deber de Selección Objetiva, en Contratación Estatal, Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2009, p. 123.

Los anteriores predicados doctrinarios y jurisprudenciales le otorgan esencial trascendencia a los imperativos legales que consagra el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 al señalar: *“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”*.

Lo dicho en precedencia, nos obliga también a reflexionar sobre la antijuridicidad palmaria que se evidencia en los pliegos de condiciones, cuando el operador jurídico acude, sin fundamentos jurídicos atendibles, a la inclusión de determinadas condiciones y requisitos que lejos de procurar la tangibilidad de las reglas y de los principios que deben regir la contratación estatal y la función administrativa, consagrados no solo en las leyes y reglamentos que integran y desarrollan el llamado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, patentizan la proclividad de no pocos funcionarios estatales orientada a eludirlos, a burlarlos, comportamientos censurables puestos al servicio de intereses inconfesables y a dejar sin efectos los miles de preceptos que se pueden identificar en la extensa constelación normativa que irradia esta especialidad de la gestión y acción administrativa.

“Nótese que es aquí precisamente, o sea en la etapa de formación de la voluntad contractual, donde se le exige a la administración que actúe con una absoluta pulcritud jurídica, es decir, de la forma más transparente. Unido a esa transparencia se puede encuadrar como otro principio más éste –el de la selección objetiva– que también puede ser definido como un deber para la administración a la hora de actuar dentro de los procedimientos de selección de los contratistas²⁴”

²⁴ EXPÓSITO VÉLEZ, Op. Cit. p. 125.

Parecieran inútiles los esfuerzos más recientes hechos por el legislador colombiano y por el Gobierno a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, para contener el fenómeno de la corrupción. No han sido suficientes hasta el momento, la expedición de millares de reglas, que según GÓMEZ LEE, se encuentran vigentes en Colombia para procurar materializar una contratación segura²⁵.

“Lo hasta ahora expuesto deja el camino despejado a efecto de ilustrar la manera en la cual ha de operar la administración al momento de configurar los pliegos de condiciones –o el documento equivalente a los mismos- dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual: en primer lugar, las normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los parámetros a los cuales ha de ceñirse la elaboración de los referidos actos administrativos -los cuales luego se incorporarán en lo pertinente, al clausulado contractual, según se explicó-, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas defieren a la administración la responsabilidad de fijar las reglas y los criterios que orientarán cada proceso de selección en particular; en segundo término, la administración ejercerá esa facultad estableciendo las mencionadas reglas y criterios –objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada- los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato; cual resulta evidente, esa actividad de la administración es materialmente normativa.

“Y en tercer término, aquello que debe hacer la administración es subsumir –procedimiento de aplicación reglada del derecho- en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos –en los pliegos de condiciones- por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal supone, en

²⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Contratación Segura, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad, segunda edición, Panamericana Formas e Impresiones S.A., Bogotá, 2010.

especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo²⁶”.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. En Revista Jurisprudencia y Doctrina, Sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 1988-8431, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

4. LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD

El profesor GONZÁLEZ LÓPEZ, es enfático en señalar que:

“El principio de libertad de concurrencia es fundamental para asegurar la pluralidad de oferentes, en términos armónicos con el principio de igualdad de oportunidades para presentar ofertas en las mismas condiciones. Su aplicación surge del derecho constitucional de la competencia y de la definición unificada de la licitación y del concurso de méritos consagrado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y, para la selección abreviada, en la Ley 1150 de 2007.

“Además, se trata de un derecho subjetivo, vinculado a la libertad de empresa, que sólo podría ser limitado por la ley o por la Constitución, pero estimamos que un acto administrativo como el pliego de condiciones no puede prohibir a un particular presentar una oferta si no existe un sustento legal y constitucional²⁷.

Así las cosas, todo aquel catálogo de cláusulas groseras o claramente ineficaces por su antijuridicidad, que con frecuencia se utilizan en algunas latitudes de la geografía nacional, han quedado proscritas en nuestro ordenamiento positivo contractual. Valga la pena reiterar en este momento que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Por ello, acogemos el criterio del reseñado profesor colombiano cuando afirma decididamente que:

“La inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas que contraríen el ordenamiento jurídico o violen sus principios autorizan a los oferentes a considerarlas como no aplicables y apartarse de ellas, siendo sus

²⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ, Op. Cit. p. 114 - 115.

ofertas igualmente válidas. Sin embargo, esta afirmación debe considerarse en su carácter excepcional, pues el oferente debe respetar por regla general los pliegos de condiciones.

“En el derecho nacional se considera que dicha facultad podría ejercerse frente a las cláusulas consideradas por la ley como ineficaces de pleno derecho, no obstante la dificultad en la interpretación de algunas de ellas, como ya se señaló.

“No sucedería lo mismo respecto de cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico superior, por cuanto la excepción de ilegalidad corresponde a una facultad del juez y no es de aplicación de la autoridad administrativa o del particular, pues sería contraria a la presunción de legalidad del pliego y a la seguridad jurídica.

“La ineficacia de las estipulaciones resulta más que discutible y, en gracia de discusión debería referirse a errores manifiestos o protuberantes que permitan su no aplicación, y no en la forma como está consagrada.

“Por el contrario, parece más lógico y claro considerar la estipulación del pliego de condiciones que impide que sea aplicada directamente por la administración o por el particular, y que corresponda a una potestad exclusiva del juez, acorde con su presunción de legalidad.

“El problema principal radica en la indeterminación y generalidad de la norma que se puede explicar cómo cláusula ineficaz y al mismo tiempo como cláusula con vicios de ilegalidad. Por tal razón, gran parte de los vicios que darían lugar al pliego de condiciones se consignan como causales de ineficacia de pleno derecho.

“A pesar de la finalidad plausible del precepto legal, crea más dificultades que soluciones, en especial bajo el principio de seguridad jurídica, y sería preferible su eliminación, máxime si el Consejo de Estado ha considerado aplicable en algunos casos la excepción de ilegalidad de las cláusulas del pliego, para no aplicarlas frente a la impugnación del acto de adjudicación o del acto de declaratoria de desierta. (...)”²⁸

²⁸ GONZÁLEZ LÓPEZ, Op. Cit., p. 148 - 149.

CONCLUSIONES:

A manera de colofón, permítasenos consignar en el presente ensayo, las siguientes conclusiones:

1. Corresponde a la entidad estatal convocante, en todo proceso de selección de contratistas, la obligación ineludible de expresar sus condiciones en el pliego correspondiente, con absoluta precisión, claridad, transparencia y lealtad, materializando, en todo caso, la premisa según la cual, el contenido de este trascendental acto administrativo, debe estar construido mediante reglas, condiciones o requisitos justos, proporcionales, razonables y completos, según las imperativas prescripciones contenidas en numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993.

2. El principio de mensurabilidad, no obstante su naturaleza supranormativa, debe irradiar todo el proceso de selección de contratistas a través del más importante mecanismo previsto en el ordenamiento contractual, como lo es el pliego de condiciones; en consecuencia, debe expresarse, como mandato de optimización, según las construcciones doctrinarias de ROBERT ALEX²⁹ y de RONALD DWORKIN³⁰, en términos de absoluta concreción conceptual que excluyan definitivamente la perniciosa inclusión de estipulaciones de imposible cumplimiento o que induzcan a interpretaciones anfibológicas, afectando negativamente tanto a los proponentes como a los operadores jurídicos y veedores ciudadanos, en sede judicial o administrativa.

3. El principio de ***mensurabilidad***, a través de una paciente elaboración doctrinal y jurisprudencial, se erige hoy como la voz colectiva y recia que

²⁹ ALEX^Y, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección el Derecho y la Justicia, Madrid, España, 2002.

³⁰ DWORKIN, Ronald. Los derechos en Serio, Colección Ariel Derecho, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002.

rechaza toda manifestación de la arbitrariedad administrativa, en el ámbito de la contratación estatal, especialmente en un momento histórico en que la evolución doctrinal y jurisprudencial se expresan unánimes señalando que, como ha quedado consignado, la actividad de la administración en la construcción de los pliegos de condiciones debe ser fundamentalmente reglada, minimizando los márgenes de discrecionalidad que en épocas pretéritas le fueron atribuidas.

4. También podemos predicar, sin temor a equivocarnos, que la aplicación del evocado principio, constituye una invaluable herramienta eficaz contra la corrupción administrativa que debe ser removida decididamente, para superar el subdesarrollo, la pobreza, la marginalidad, la exclusión y, en fin, la violencia que agobia a la sociedad colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección el Derecho y la Justicia, Madrid, España, 2002.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Expediente 23003, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 19 de julio de 1995, expediente D-759, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Legis Editorias S.A., Bogotá, Colombia, 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 16 de julio de 2007.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en Serio, Colección Ariel Derecho, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. El Deber de Selección Objetiva, en Contratación Estatal, Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2009.

GOBIERNO NACIONAL. Decreto Reglamentario 2474 de 7 de julio de 2008.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Contratación Segura, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad, segunda edición, Panamericana Formas e Impresiones S.A., Bogotá, 2010.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2010.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer, quinta edición, Bogotá, Colombia, 2007.

VEDEL, George. Derecho Constitucional, Sirey, 2ª edición, París, 1984.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo a la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
3	AUTOR(es)	HERNAN VICENTE BUSTOS MORALES
4	AÑO Y MES	2011 - OCTUBRE
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	DR. CESAR AUGUSTO DOMÍNGUEZ
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	La experiencia generalizada nos indica que en no pocas oportunidades la arbitrariedad y la autocracia hacen su aparición en los pliegos de condiciones que pueden consultarse en el Portal Único de Contratación Estatal, exigiendo requisitos de imposible cumplimiento que hacen nugatorios claros principios que orientan la gestión contractual de las entidades públicas, tales como el de selección objetiva, libre concurrencia y moralidad administrativa, entre otros, razón más que suficiente para provocar una gran preocupación y proponer soluciones orientadas a contener la corrupción administrativa y los atropellos en un tema tan sensible para la existencia y suerte de nuestra vida institucional y democrática. El legislador ha conferido un amplio margen de discrecionalidad, pero también, como resulta lógico, le ha establecido límites.
7	PALABRAS CLAVES	Principio, mensurabilidad, elaboración, pliegos, contratación, estatal, autonomía, voluntad, discrecionalidad, concurrencia
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	SECTOR PUBLICO - CONTRATACION ESTATAL
9	TIPO DE ESTUDIO	ENSAYO
10	OBJETIVO GENERAL	Divulgar a la comunidad académica, a la judicatura y a la sociedad en general, el contenido dogmático del principio de mensurabilidad con el propósito de prevenir o remediar las eventuales incursiones de las entidades estatales en el ámbito de la arbitrariedad, en la elaboración de los pliegos de condiciones para la selección de contratistas
11	OBJETIVOS ESPECIFICOS	1. Precisar el contenido y alcance legal y pragmático de la discrecionalidad administrativa en la determinación de los requisitos justos, proporcionales, claros y precisos, vertidos en los pliegos de condiciones. 2. Transmitir el contenido y alcance del principio estudiado y su articulación con los principios que rigen la contratación estatal y las disposiciones normativas que previenen el abuso y la desviación de poder, para privilegiar el contenido axiológico y teleológico que deben expresar los pliegos de condiciones
12	RESUMEN GENERAL	<p>EL PRINCIPIO DE MENSURABILIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL</p> <p>La Ley 1150 de 2007 consagra frente a los operadores jurídicos con competencias en los procesos de selección de contratistas, en la elaboración de los pliegos de condiciones, concretamente frente a los requisitos atinentes a la capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y organizacional, perfiles adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.</p> <p>La señalada advertencia propugna por la realización definitiva de una legítima aspiración colectiva, cual es la moralización de la acción administrativa en un escenario tan sensible como la contratación estatal</p> <p>Si bien el administrador público, en este escenario, cuenta con una amplia facultad que la misma ley le ha otorgado, tal discrecionalidad debe ejercerse en el marco del contenido normativo que consagra el principio de responsabilidad y que no puede constituir un poder susceptible de expansión indefinida e ilimitada, ya que en nuestro Estado social de Derecho rige el principio de mensurabilidad de todas las competencias públicas rigurosamente regladas y sometidas a un estricto control.</p> <p>La mensurabilidad, como principio supranormativo y abstracto, se expresa a través de la constelación normativa que rige la gestión contractual de todas las entidades y organismos estatales, sin excepción alguna, entrelazándose y articulando el catálogo de reglas y principios consagrados tanto en las normas supranacionales, la Constitución y la ley, para hacer tangibles los derechos fundamentales que la Carta consagra y privilegia para ser exigidos a título individual o colectivo.</p> <p>Del señalado principio se ha ocupado nuestra Corte Constitucional, en los siguientes términos:</p> <p>La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede contarse como un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues "en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución". En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa solo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede".</p> <p>En este escenario hermenéutico, se impone entonces tener presente, en todo caso, que el principio de mensurabilidad se encuentra íntimamente ligado al principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, del cual dimanarían postulados axiológicos y teleológicos que consagran precisos mandatos entre los cuales evocamos los siguientes: (i) En los pliegos de condiciones se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; (ii) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de propuestas u ofrecimientos de la misma índole que aseguren una escogencia objetiva; (iii) no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; (iv) 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 arbitraria y exclusiva de la entidad convocante.</p> <p>Otros mandatos legales previenen, en tratándose de la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización de los proponentes, debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato que habrá de celebrarse y a su valor.</p> <p>En consecuencia, los pliegos de condiciones deben expresar ontológicamente los principios que rigen tanto la contratación estatal como aquellos que orientan la función administrativa, consagrados en los artículos 209 de la Carta y 9º de la ley 489 de 1998, posibilitando todos aquellos colaboradores contratistas, a partir del presupuesto de una debida planeación, concurrir al llamado de las entidades estatales, bajo la premisa de que en cada proceso de selección se harán tangibles los principios de responsabilidad, libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, entre otros, y en este escenario, el Estado logre objetivamente seleccionar la oferta más favorable a sus intereses superiores.</p> <p>"El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que regula el proceso de licitación, consagra la obligación de la entidad de elaborar los correspondientes pliegos de condiciones, sin incorporar las cláusulas ineficaces a que se refiere el numeral 5 del artículo 24 del mismo estatuto". Este precepto consagra como ineficaz de pleno derecho, entre otros defectos de formación de las estipulaciones vertidas en los pliegos, el hecho de no definir reglas objetivas, justas, claras y completas que hagan nugatorio el propósito teleológico de procurar, a través de la aplicación de esta herramienta de acción estatal, el cumplimiento de los cometidos estatales.</p> <p>La administración está obligada a elaborar los pliegos de condiciones y a detallar especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes; la determinación y ponderación de los criterios de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".</p> <p>Por anterior, no dudamos en afirmar que el pliego de condiciones materializa un complejo ejercicio jurídico y dialéctico frente a sus eventuales oferentes y a sus contratistas, que le permita a la administración convocante plasmar sus necesidades y aspiraciones contractuales, de una manera seria y leal, esto es, materializar un verdadero y fructífero ejercicio creativo de relaciones negociales, para lograr la realización de los cometidos estatales que predica nuestro Estatuto Fundamental.</p> <p>Para concluir el presente ensayo, permítasenos consignar, a manera de colofón que, de manera ineludible, corresponde a la entidad convocante, para materializar el principio de mensurabilidad, la obligación de expresar sus condiciones en el pliego con absoluta claridad, en todo caso, bajo la premisa según la cual, el contenido de este trascendental acto administrativo, debe contener requisitos justos, claros, concretos y completos, según las imperativas prescripciones vertidas en el numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, con tal concreción conceptual, que excluyan definitivamente la perniciosa costumbre de incluir estipulaciones de imposible cumplimiento o induzcan a interpretaciones anfibológicas, tanto a los proponentes y veedores ciudadanos, como a los operadores jurídicos, en sede judicial o administrativa.</p>

13	CONCLUSIONES.	<p>A manera de colofón, permítansenos consignar en el presente ensayo, las siguientes conclusiones:</p> <p>1. Corresponde a la entidad estatal convocante, en todo proceso de selección de contratistas, la obligación ineludible de expresar sus condiciones en el pliego correspondiente, con absoluta precisión, claridad, transparencia y lealtad, materializando, en todo caso, la premisa según la cual, el contenido de este trascendental acto administrativo, debe estar construido mediante reglas, condiciones o requisitos justos, proporcionales, razonables y completos, según las imperativas prescripciones contenidas en numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993.</p> <p>2. El principio de mensurabilidad, no obstante su naturaleza supranormativa, debe irradiar todo el proceso de selección de contratistas a través del más importante mecanismo previsto en el ordenamiento contractual, como lo es el pliego de condiciones; en consecuencia, debe expresarse, como mandato de optimización, según las construcciones doctrinarias de ROBERT ALEXY y de RONALD DWORKIN, en términos de absoluta concreción conceptual que excluyan definitivamente la perniciosa inclusión de estipulaciones de imposible cumplimiento o que induzcan a interpretaciones anfílogas, afectando negativamente tanto a los proponentes como a los operadores jurídicos y veedores ciudadanos, en sede judicial o administrativa.</p> <p>3. El principio de mensurabilidad, a través de una paciente elaboración doctrinal y jurisprudencial, se erige hoy como la voz colectiva y recta que rechaza toda manifestación de la arbitrariedad administrativa, en el ámbito de la contratación estatal, especialmente en un momento histórico en que la evolución doctrinal y jurisprudencial se expresan unánimes señalando que, como ha quedado consignado, la actividad de la administración en la construcción de los pliegos de condiciones debe ser fundamentalmente reglada, minimizando los márgenes de discrecionalidad que en épocas pretéritas le fueron atribuidas.</p> <p>4. También podemos predicar, sin temor a equivocarnos, que la aplicación del evocado principio, constituye una invaluable herramienta eficaz contra la corrupción administrativa que debe ser removida decididamente, para superar el subdesarrollo, la pobreza, la marginalidad, la exclusión y, en fin, la violencia que agobia a la sociedad colombiana.</p>
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección el Derecho y la Justicia, Madrid, España, 2002.</p> <p>CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 de 16 de julio de 2007.</p> <p>CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de de 1993.</p> <p>CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Expediente 23003, C.P. Mauricio Fajardo Gomez.</p> <p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Legis Editorias S.A., Bogotá, Colombia, 2011.</p> <p>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.</p> <p>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 19 de julio de 1995, expediente D-759, M.P. Alejandro Martínez Caballero.</p> <p>DWORKIN, Ronald. Los derechos en Serio, Colección Ariel Derecho, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002.</p> <p>EXPOSITO VELEZ, Juan Carlos. El Deber de Selección Objetiva, en Contratación Estatal, Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, Colombia, 2009.</p> <p>GOBIERNO NACIONAL. Decreto Reglamentario 2474 de 7 de julio de 2008.</p> <p>GOMEZ LEE, Iván Darío. Contratación Segura, Estudio Normativo Compilatorio de la Contratación Estatal, Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad, segunda edición, Panamericana Formas e Impresiones S.A., Bogotá, 2010.</p> <p>GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2010.</p> <p>RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer, quinta edición, Bogotá, Colombia, 2007.</p> <p>VEDEL, George. Derecho Constitucional, Sirey, 2ª edición, París, 1984.</p>

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA