

## APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y SELECCIÓN

### OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL:

#### A propósito de la implementación de los Documentos Tipo.

*Yaneirys Oñate Pimienta<sup>1</sup>*

#### Resumen

El propósito de este Artículo es analizar los principios de transparencia y de selección objetiva en la contratación estatal, con especial énfasis en la implementación de los documentos tipo. Por esto, se realiza un examen de la regulación de estos principios dentro del ordenamiento jurídico colombiano y de la jurisprudencia emitida al respecto por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para luego, contrastar con el caso particular de los documentos tipo y presentar las consideraciones pertinentes. Para finalizar, se concluye que la aplicabilidad de estos principios es contraria a lo previsto en la ley, por ello, se requiere reformular y replantear los medios y/o mecanismos que sean dispuestos para el control del ejercicio de los mismos.

**Palabras claves:** Contratación estatal, Documentos tipo, Potestad reglamentaria, Principio de selección objetiva, Principio de transparencia.

#### Sumario

Introducción. 1. LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. 1.1 Aproximación a los Principios Rectores de la Contratación Estatal. 1.2. El Principio de Transparencia. 1.3. El Principio de Selección Objetiva. 2. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS TIPO. 2.1. Potestad Reglamentaria de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente. 2.2. Implementación de los

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de Antioquia. [yaneirys02@hotmail.com](mailto:yaneirys02@hotmail.com). Este artículo se presenta para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Documentos Tipo a partir de la Ley 1882 de 2018. 3. CONSIDERACIONES FINALES.

Conclusión. Referencia Bibliográficas.

### **Introducción**

Antes de 1993, la contratación pública en Colombia ostentó una regulación fraccionada y muy dispersa estando contenida en códigos fiscales y decretos que correspondían a otras materias. Por tal razón, se requería de un ejercicio de análisis de múltiples normatividades para poder obtener, a lo sumo, parámetros generales sobre la misma, sin poder tener claridad, ante la falta de una regulación formal y completa, sobre las zonas oscuras o de incertidumbre al momento de actuar.

Como respuesta, el legislador expidió la Ley 80 de 1993 con la que se instauró el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en la que se introdujo, entre otros aspectos, un régimen definido para los contratos celebrados por el Estado y, de manera taxativa, los principios rectores de la contratación.

En relación con los principios en materia de contratación estatal, previo a la expedición del estatuto general, se tenían como tales únicamente los dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. Estos, aluden a la función administrativa que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Sin embargo, con la Ley 80 de 1993 se estableció un capítulo para determinar los principios aplicables en la materia, retomando los de la función administrativa, adicionando el principio de transparencia y responsabilidad.

De igual forma, en la Ley 80 de 1993 en su artículo 29 se reguló el deber de selección objetiva dentro del acápite de los principios, que fue modificado por la Ley 1150 de 2007, con la que se logró mayor desarrollo al principio de selección objetiva en la contratación estatal, labor que ha sido complementada con la expedición de leyes posteriores, como lo son la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1882 de 2018.

No obstante, pese a que dichos principios gozan de consagración constitucional y legal, de lo que se desprende el deber de cumplimiento de estos en las actuaciones emanadas y/o realizadas en el ámbito de la contratación estatal, la realidad es distinta. Es recurrente su vulneración, haciendo hincapié, en los principios de transparencia y selección objetiva, que constituyen el objeto de estudio del presente artículo.

De conformidad con lo anterior, en este escrito se realizará un análisis acerca de la aplicabilidad de los principios de transparencia y selección objetiva en el marco de la contratación estatal desde distintas aristas, con especial énfasis, en la implementación de los documentos tipo atendiendo a la potestad reglamentaria conferida a Colombia Compra Eficiente que desemboca sin más en múltiples cuestionamientos acerca de la regulación dada por el Legislador sobre el asunto. La constante violación de estos principios rectores, la pertinencia y utilidad de otorgar facultades reglamentarias a una entidad pública, los pros y los contras de la implementación de pliegos o documentos tipo y, por supuesto, las insuficientes y frágiles medidas adoptadas para contrarrestar, entre otras “enfermedades”, la corrupción, es propiciada en su gran mayoría por la propia administración.

El presente artículo se desarrollará en tres capítulos. En primer lugar, se realizará el contexto acerca de la regulación de los principios de transparencia y selección objetiva en la contratación estatal desde el ámbito normativo y jurisprudencial. En el segundo apartado, se analizará la implementación de los documentos tipo, para lo cual se hace necesario estudiar la potestad reglamentaria de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente. Finalmente, en el tercer capítulo, se presentarán unas consideraciones con las que se esbozarán algunas críticas, reflexiones y/o posturas respecto al tema.

## **Los Principios de Transparencia y de Selección Objetiva en la Contratación Estatal.**

### **1.1 Aproximación a los Principios Rectores de la Contratación Estatal.**

De conformidad con lo mencionado con anterioridad, son aplicables a las actividades contractuales los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución de 1991. De igual forma, cobran aplicabilidad los dispuestos en el artículo 267 de la Carta Política sobre el control fiscal, cuya labor se funda en una principalística basada en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

La Ley 80 de 1993 consagró, en el artículo 23 del capítulo segundo, los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, las cuales deben desarrollarse de acuerdo con los postulados de transparencia, economía y responsabilidad. Adicionalmente, se especifica en el presente artículo que “[...] 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” (Ley 80, 1993, art. 23).

En este orden de ideas, en concordancia con lo esbozado en el artículo precitado, los principios generales del derecho ostentan gran relevancia en el ámbito de la contratación estatal; especialmente, en la resolución de controversias de esta índole, por ejemplo, el principio de legalidad, de buena fe, de fraude a la ley y el enriquecimiento sin justa causa.

Asimismo, tienen lugar en la contratación pública, los principios propios del derecho administrativo que el legislador indicó en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo), que contempla entre otros principios, el del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, publicidad, coordinación, eficacia y celeridad.

En este acápite, es menester hacer especial mención al principio de planeación, el cual tiene mayor preponderancia en los procesos de selección. Este principio se encuentra enunciado de manera implícita en el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011) cuando se impone el deber de elaborar los estudios, diseños y pliegos de condiciones de manera previa a la apertura del proceso de selección o firma del contrato en caso de estar frente a una contratación directa. Además, éste se encuentra relacionado con los principios de la intervención estatal y libre competencia, aplicables también en el área de la contratación estatal (Corte Constitucional, 2012, C-300).

Por otra parte, en la Ley 1150 de 2007 se establecieron los principios generales de la actividad contractual para entidades que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en donde se estipuló que

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 (Artículo 13).

Con esto, se logró zanjar una discusión que estuvo latente después de la expedición del estatuto, fundada en el argumento de que las entidades exceptuadas no tenían que obedecer o acatar lo prescrito por estos principios en el desarrollo o ejecución de sus actividades o actuaciones.

También, tienen cabida en esta rama del derecho, algunos principios rectores del derecho privado, como lo es la autonomía de la voluntad, la relatividad de los contratos y la conmutatividad de los contratos.

Con todo lo expuesto, se generó un acercamiento o contextualización de la principalística en materia contractual, con el fin de proceder a ahondar en los siguientes acápite en los principios de transparencia y selección objetiva de forma detallada.

## **1.2. El Principio de Transparencia.**

La transparencia, como uno de los principios rectores en la contratación estatal, ha sido consagrado como orientador de la actividad contractual, en el entendido de que su propósito

[...] se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, la igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelanta la Administración Pública para la escogencia de sus contratistas, como también a garantizar que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo cual permite que puedan ser controvertidas. (Consejo de Estado, 2010, Exp.7756).

En relación con lo precitado, el Consejo de Estado ha manifestado que el principio de transparencia en un Estado Social de Derecho permite garantizar “[...] 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.” (Consejo de Estado, 2008, Exp.17783).

Este principio, está regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, donde a lo largo de varios literales se plantean las condiciones que lo enmarcan, en el que se anteponen unos presupuestos claros que deben desarrollarse en pro del cumplimiento del mismo. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que el principio en cuestión apareja

[...] la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones adoptados por la Administración; ordena que las actuaciones de la Administración sean públicas y ajustadas a la legalidad; dispone que los actos que se expidan en ejercicio de la actividad contractual, o con ocasión de ella, estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva. (Consejo de Estado, 2010, Exp.17756).

Se logran advertir, de manera general, tres postulados, que están dados en los siguientes términos: primero, publicidad y contradicción; segundo, objetividad y pliegos de condiciones; tercero, legalidad de los actos y actuaciones administrativas.

Como primer punto, tenemos el deber de la publicidad y el ejercicio de la contradicción que figuran en los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En ellos, se consagra la posibilidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones, actuaciones de las autoridades y los expedientes que las contengan. Estas disposiciones subyacen el otorgamiento de unos derechos y la imposición de unas obligaciones, en el siguiente sentido

[...] confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular

las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos. (Consejo de Estado, 2009, Exp.36476).

Con relación al segundo postulado, que versa sobre la objetividad y las reglas instituidas en los pliegos de condiciones, están enunciadas en los numerales 5° y 6° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En estos preceptos se indica que deben establecerse los requisitos objetivos en los respectivos procesos de selección, que las reglas deben obedecer a la claridad, justicia y objetividad, con condiciones precisas y posibles, sin ambigüedad o vaguedad que dé lugar a inducir a error, fechas delimitadas espaciotemporalmente y con señalamiento de la totalidad de las pautas que serán requeridas para la adjudicación del contrato teniendo en cuenta la respectiva modalidad de selección.

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha aducido que se desprenden unas obligaciones y/o deberes para las entidades estatales contratantes, en cuanto al:

[...] deber de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con anterioridad a la apertura misma de las correspondientes licitaciones o concursos, al tiempo que ordena que dichos pliegos o términos de referencia contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren la escogencia objetiva del contratista y que eviten la declaratoria de desierto de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. (2010, Exp.17756).

Por último, el tercer postulado, que comprende la legalidad de los actos y actuaciones administrativas, tiene fundamento en los numerales 7° y 8° del artículo 23 de la Ley 80 de 1993. De manera muy clara, en los presentes numerales se impone la exigencia de motivación de los actos administrativos (excepto los de mero trámite), de los informes de evaluación, del acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia de forma detallada y precisa, como también, proscribire las actuaciones que persigan finalidades distintas a las previstas en la ley.

Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado ha interpretado respecto de estos numerales que se encuentra inmersa la exigencia respecto a que las “[...] actuaciones de la Administración sean públicas y ajustadas a la legalidad; dispone que los actos que expida en ejercicio de la actividad contractual o con ocasión de ella, estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva.” (Consejo de Estado, 2008, Exp. 177883).

En cuanto al numeral 9° del artículo 23 de la Ley 80 de 1993, indica que no podrá incluirse referencia de nombre o cargo de ningún servidor público cuando se publiquen avisos de cualquier índole informando acerca de la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales.

En lo atinente al párrafo 2° del artículo 23 de la Ley 80 de 1993, se hace el requerimiento para la reglamentación de la contratación directa con la cual se puedan garantizar los principios de economía, transparencia y selección objetiva. Ante esto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

[...] que la modalidad de contratación directa prevista en la ley, no puede ser utilizada por la Administración para seleccionar a su arbitrio al contratista que le simpatiza, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.(Consejo de Estado, 2009, Exp.15797)

Con el propósito de llevar a cabo el análisis del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 de manera íntegra y a completitud, cabe mencionar, a manera de hacer memoria, que el numeral 1° y el párrafo 1° del presente artículo fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Con relación al párrafo 3° se hace alusión a la venta de bienes de entidades estatales realizadas por subasta que efectúen las entidades financieras.

### **1.3. El Principio de Selección Objetiva.**

El principio de selección objetiva, en primera medida, estuvo regulado en la Ley 80 de 1993 en el artículo 29 en donde se impuso como un deber, cuya norma, fue posteriormente derogada, por el artículo 32 y subrogada por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

La selección objetiva, está dada en términos legales, en 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 o cualquier tipo de motivación subjetiva (Ley 1150, 2007, art.5°). En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado al respecto que

La selección será objetiva y tendrá en cuenta el ofrecimiento más favorable a la entidad, sin tener en consideración factores de afecto, interés o motivaciones subjetivas, pues su desconocimiento comporta una vulneración a las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ello de los principios que gobiernan la contratación estatal. (Consejo de Estado, 2016, Exp.38310).

Ahora bien, el artículo 5° de la Ley 1150 denomina los criterios fundantes que las entidades deben tener en cuenta cuando establezcan los factores de escogencia y calificación en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, que versan sobre los requisitos habilitantes, el ofrecimiento

más favorable y los factores determinantes de escogencia para procesos de selección de consultores o cuyo objeto verse sobre bienes y servicios de características técnicas uniformes.

De acuerdo con la normativa previamente citada, los requisitos habilitantes hacen referencia a la capacidad jurídica, la condición de experiencia, la capacidad financiera y de organización que permiten la participación de los oferentes en los procesos de selección. De igual forma, se señala un aspecto muy relevante en relación con los requisitos habilitantes, que radica en que estos solo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por tanto, no otorgan puntaje, salvo las excepciones establecidas para determinadas modalidades de selección, así como también, la exigencia de que estos deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y valor del contrato que se pretende celebrar (Consejo de Estado, 2018, Exp.38339).

Conviene advertir, que el legislador distinguió entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, siendo aquellos los mencionados en el párrafo anterior, y estos, que también pueden ser llamados de calificación, que resultan dependiendo del objeto a contratar de la siguiente manera:

[...] (i) la oferta más favorable es aquella que resulta de la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos contenidos en los pliegos de condiciones; pero, (ii) en las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el único factor de “evaluación” (sic) será el menor precio ofrecido; y (iii) en las contrataciones de consultores, esto es, en los concursos de mérito, los factores de calificación serán los destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, como también se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, pero en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia.(Consejo de Estado, 2009, Exp.36476).

Respecto de los factores de ponderación, se encuentra útil hacer la siguiente aclaración sobre como se determina la favorabilidad, para lo cual el Consejo de Estado sostuvo que:

[...] la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje. (Consejo de Estado, 2014, Exp.29885).

Es de señalar, que el artículo 5° de la ley 1150 de 2007 comporta o apareja unos efectos importantes tanto para los proponentes u oferentes como para las entidades contratantes. Así, en cuanto a los proponentes, esta disposición les permite conocer las reglas mediante las cuales deben presentar sus propuestas u ofrecimientos, los aspectos evaluables, el puntaje asignado a cada factor y la forma del análisis de las ofertas. En cambio, para las entidades contratantes en esta norma subyace el deber de dar cumplimiento a los parámetros establecidos en el pliego para la evaluación y comparación de las ofertas y la proscripción de desconocer los criterios definidos

para la evaluación o adoptar otros distintos al momento de realizarla. (Consejo de Estado, 2008, Exp.17783).

En este orden, el Consejo de Estado ha entendido que el principio de selección objetiva será honrado por la administración siempre y cuando

[...] cumpla el deber legal de aplicar rigurosamente los criterios de selección y su respectiva ponderación, establecidos en forma clara, precisa y detallada en el pliego de condiciones; de esta manera elegirá la propuesta que atendidos los fines que ella busca y obtenido el mayor puntaje de la aplicación estricta de tales factores, resulte ser la más favorable a la entidad. (Consejo de Estado, 2008, Exp.17783).

Cabe resaltar, que la consecución o materialización del principio de selección objetiva acarrea necesariamente la manifestación de los principios de igualdad y de la libre concurrencia, toda vez que, con ellos se garantiza que las personas que reúnan unas determinadas condiciones mínimas reseñadas en el pliego puedan participar del proceso de selección en cuestión, en igualdad de condiciones, indistintamente de que algunos oferentes gocen de mayor capacidad financiera o experiencia, ya que al final lo determinante será la mejor oferta en términos de calificación obtenida. (Consejo de Estado, 2018, Exp.38339)

Por último, el parágrafo 1° del artículo 5° de la ley 1150 de 2007 trae consigo un eximente de rechazo de la oferta, que tiene lugar cuando la propuesta carece de algunos documentos o requisitos no necesarios para su comparación y que no afectan la asignación de puntajes, referentes a la futura contratación o al proponente mismo, para que puedan ser allegados con posterioridad. El plazo para subsanar los requisitos faltantes, una vez hayan sido solicitados por la entidad, será hasta el término de traslado del informe de evaluación correspondiente en cada proceso de selección. Sin embargo, una vez vencido el plazo, sin que se haya aportado la documentación requerida, la oferta será rechazada.

## **Implementación de los Documentos Tipo.**

### **2.1. Potestad Reglamentaria de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente.**

La Constitución Política de 1991 en su artículo 189 numeral 11 confirió al Presidente de la República la potestad reglamentaria, con la finalidad de que mediante decretos, resoluciones y órdenes se efectúe la debida ejecución de las leyes. Dentro de esta atribución constitucional, quedó incluido todo lo concerniente al ámbito de la contratación pública, la cual debe ser

ejercida dentro los límites que impone la Carta Política, las normas de superior jerarquía, como lo es la Ley 80 de 1993, y por supuesto, los principios rectores.

A propósito de esta potestad reglamentaria, es pertinente aludir que, en el artículo 273 de la Constitución Política se consignó una reserva legal para regular la forma en que, en los procesos de selección que sean iniciados por las entidades, se deban evaluar las propuestas, sin limitar estos a los procesos en los que se aplique el mecanismo de la audiencia pública. En este orden, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre las limitaciones que tiene el gobierno para ejercer dicho poder reglamentario, afirmando que:

[...] para señalar la imposibilidad que existe de dejar en manos de las entidades públicas la definición de aspectos relativos a su gestión contractual, cuya reglamentación le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley al primero, pues ello supondría una renuncia a su facultad constitucional inalienable que invalidaría su comportamiento (Consejo de Estado, 2019, Exp. 52055).

Posteriormente, con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 se empieza a determinar el margen de reglamentación otorgado al gobierno nacional con la delimitación de los principios que deben guiar el desarrollo de esta actividad en el ámbito contractual.

La Ley 1150 de 2007 estableció en varias actuaciones los criterios y/o condiciones básicas a seguir y defirió al gobierno nacional para que este efectuará su reglamentación, tal como se dispuso, en relación con los pliegos de condiciones, en el artículo 2° parágrafo 3°, que:

El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Con fundamento en lo prescrito en la normatividad anteriormente citada, en ese mismo año y en uso de las facultades reglamentarias atribuidas al presidente, se expidió el Decreto Ley 4170 de 2011, mediante el cual se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-. En el artículo 2° de la presente norma, se estableció como objetivo del ente desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

En el artículo 3° numeral 2 del Decreto Ley 4170 de 2011 se consagró una de las funciones más determinantes y controversiales de esta entidad, en los siguientes términos

2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.

Lo anterior, permite entrever la intención casi sutil del gobierno nacional de trasladar la competencia reglamentaria, que le fue conferida de manera expresa y exclusiva, hacia Colombia Compra Eficiente. Esta situación, genera diversos cuestionamientos encaminados hacia el escenario de una posible “delegación de lo indelegable”.

Luego, se expidió el Decreto 1510 de 2013 por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública. En el decreto en mención se estipuló en el Título V en su artículo 158 el deber de Colombia Compra Eficiente de establecer los lineamientos y de diseñar e implementar el formato que debe ser empleado por las entidades estatales para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones.

De igual manera, en el artículo 159 de la normatividad referida, se le otorga a Colombia Compra Eficiente la obligación de diseñar e implementar instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como manuales o guías, haciendo alusión, en los numerales que lo contienen, a los manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios, los pliegos de condiciones tipo, minutas tipo de contratos y manuales y guías para los aspectos reseñados en la norma, como la identificación y cobertura del riesgo.

Ahora bien, en el artículo 160 de este Decreto, se prescribe que las entidades estatales deben contar con un manual de contratación el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente.

Los artículos mencionados del Decreto 1510 de 2013, fueron demandados en nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa, obteniendo como resultado la declaratoria de nulidad de los artículos 158 y 160 a completitud mediante sentencia del Consejo de Estado del 3 de abril de 2020. De igual modo, el artículo 159 fue declarado nulo parcialmente, mediante sentencia de la misma corporación del 11 de abril de 2019. Tales providencias, para efectos prácticos, serán analizadas a profundidad en el siguiente capítulo.

Para mayo de 2015, se profirió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional N° 1082. Con esta norma lo que se hizo fue tomar lo regulado en el Decreto 1510 de 2013 y compilarlo con las demás normas del sector, escenario en el que toma vital relevancia la decisión adoptada sobre la validez de los artículos 158, 159 y 160, que fueron transcritos a literalidad asignándole una nomenclatura diferente dentro de esta nueva normatividad y todos los posibles inconvenientes que ello puede aparejar jurídicamente hablando.

## 2.2. Implementación de los Documentos Tipo a partir de la Ley 1882 de 2018.

Hasta este momento, en relación con los documentos tipo en la contratación pública, se había estado realizando un desarrollo legal paulatino y la implementación de los mismos se estaba concibiendo en términos graduales.

En el año 2018, se promulgó la Ley 1882, por la cual se adicionaron, modificaron y se dictaron otras disposiciones encaminadas a fortalecer la contratación pública y la ley de infraestructura. Con el artículo 4° de la presente ley, se adiciona un párrafo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, que afirma:

El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección. (Subrayado del texto)

El aparte subrayado del texto citado fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en la sentencia C -119 de 2020, por el cargo de violación de los artículos 1° y 287° de la Constitución Política de 1991 por transgresión de la autonomía de las entidades territoriales en relación con la configuración del legislador en materia de contratación pública, esbozando:

[...] que la competencia atribuida por el último inciso del artículo 150 de la Constitución es amplia y no se encuentra restringida en lo que concierne a la contratación de las entidades territoriales las que, carecen de competencia constitucional para expedir estatutos territoriales de contratación pública. Sin embargo, advirtió que en ejercicio de dicha facultad, el Legislador no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación para gestionar sus propios asuntos la que, en particular, les confiere la facultad para determinar sin intervención o tutela exógena, las necesidades que se pretenden satisfacer, su priorización, la decisión de recurrir a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Alto Tribunal Constitucional en lo atinente al alcance de los pliegos de condiciones tipo frente a la autonomía de las entidades territoriales, manifestó que:

[...] en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se

encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. (Corte Constitucional, 2020, Sentencia C-119)

Por otra parte, con el Decreto 342 de 2019, con fundamento en la facultad otorgada por el artículo 4 de Ley 1882 de 2018 de adoptar documentos tipo, se adiciona la Sección 6 y Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 con el cual se incluye la regulación de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, determinando un alcance obligatorio de los parámetros y/o pautas introducidos en estos por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de Pública.

Con este decreto, se establece en el artículo 2.2.1.2.6.1.4. la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo, en la que se proscribe que las entidades estatales incluyan o modifiquen dentro de los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo.

Asimismo, se indicó en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del decreto en cuestión, que el desarrollo e implementación de los documentos tipo estará a cargo Colombia Compra Eficiente en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte tratándose del sector de infraestructura.

Más tarde, se expidió el Decreto 2096 de 2019, con el que se adicionó la Subsección 2 de la Sección 6, en consonancia con las normas adicionadas con el decreto aludido anteriormente, introduciendo los documentos tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, estableciendo la vinculatoriedad de los mismos.

Posteriormente, se creó el Decreto 594 de 2020, que incluyó la Subsección 3 de la Sección 6, atendiendo la secuencia desde el referido Decreto 342 de 2019, sumando los documentos tipo para la mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte.

Ahora bien, en uso de las facultades conferidas a Colombia Compra Eficiente dirigidas al desarrollo e implementación de los documentos tipo, emitió entre otros actos administrativos, las Resoluciones 1798 de 2019 y la 044 de 2020 con las que se procedió a la implementación de los documentos tipos licitación de obra públicas y de selección abreviada de menor cuantía, respectivamente, en el sector de infraestructura de transporte. Después, se expidió la Resolución 045 de 2020, por medio de la cual se actualizaron los documentos tipo para licitación de obras y se derogó la Resolución 1798 de 2019.

En este orden, el 22 de julio de 2020 el legislador profirió la Ley 2022 con la que se modificó el artículo 4° de la Ley 1882 de 2018, que a su vez había modificado el artículo 2° de la ley 1150 de 2007, en los siguientes términos

**La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos **y otros factores de escogencia**, así como **aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.**

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, **en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación.** Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente. (Subrayado y negrita fuera del texto)

Con esta norma, ya no quedan dudas de que el gobierno nacional trasladó la potestad reglamentaria a Colombia Compra Eficiente, reformando fundamentalmente con este artículo la titularidad de tal atribución, y zanjando grotescamente la discusión que ponía en tela de juicio el carácter obligatorio de los documentos tipos expedidos por esta entidad.

Por último, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 2022 de 2020, Colombia Compra Eficiente en desarrollo de las facultades legales y reglamentarias otorgadas dicta la Resolución 160 de 2020, adoptando en ella el procedimiento para implementar los documentos tipo y definiendo a su vez el sistema para su revisión.

### **Consideraciones Finales**

Los principios de transparencia y de selección objetiva, como principios rectores de la contratación estatal, imponen el deber a las entidades, tanto las sometidas al estatuto general de contratación como las exceptuadas, de que sus actuaciones se desarrollen bajo los presupuestos de los mismos. No obstante, en el plano de aplicabilidad la realidad es completamente distinta, debido a que, se evidencian constantes violaciones a estos principios.

En este orden de ideas, son muchos los casos que han tenido lugar en Colombia que han implicado la violación del principio de transparencia y de selección objetiva que han desembocado en grandes escándalos de corrupción, como Agro Ingreso Seguro, Interbolsa, Reficar, Ruta del Sol (Odebrecht) y el Carrusel de la contratación en Bogotá. Para efectos prácticos de este escrito haremos una sutil referencia a los dos últimos casos enunciados.

En cuanto al Carrusel de la Contratación en Bogotá, era una de las redes con mayor manejo de corrupción en la contratación, auspiciada por los hermanos Nule, el entonces alcalde Samuel Moreno, y otros funcionarios, en el cual se pedían por adelantado las comisiones al distrito y se entregaba un porcentaje a altos funcionarios. Este carrusel se basó en la instauración de un monopolio clandestino que tenía coartada todas las contrataciones en Bogotá y, que estas fueran adjudicadas a determinados contratistas, vulnerando flagrantemente los principios de selección objetiva y de transparencia. A raíz de estos hechos, Samuel Moreno, entre otros funcionarios, fue condenado por el delito de celebración indebida de contratos (Tribunal Superior de Bogotá, 2017, Sentencia 2014-00604).

En relación con la afamada autopista doble calzada “Ruta del Sol”, que conectaría el interior de Colombia con la costa caribe, el contrato estuvo en manos de una de las empresas del Grupo Aval Acciones y Valores SA, en sociedad con la compañía brasilera Odebrecht. Este ha sido uno de los casos más controvertidos por estar permeado por excesiva corrupción, en la cual a través de un Laudo arbitral se anuló el contrato de la segunda parte de la construcción de la autopista por causa ilícita, puesto que había sido adjudicado a través de dádivas o coimas a diferentes funcionarios y entes, transgrediendo los postulados que implican el desarrollo y cumplimiento de los principios de selección objetiva y de transparencia (Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S contra la Agencia Nacional de Infraestructura., 2019, Trámites N° 4190 y 4209).

Aunado a lo anterior, entre el año 2016 y 2018, según informe realizado por Transparencia por Colombia, se indicó que del 100% de los casos de corrupción, el 73% obedecían a casos de corrupción administrativa dentro de los cuales el 46% correspondía a la contratación pública. Así mismo se logró evidenciar en este informe que dentro de los actores involucrados en hechos de corrupción el 39% son funcionarios públicos y un 30% autoridades electas por voto popular (Transparencia por Colombia, 2019).

Ahora bien, en relación con los documentos tipo, visto desde la óptica del legislador y de muchos sectores del país como la carta de batalla en defensa de la transparencia, selección

objetiva e igualdad y en contra del fenómeno de la corrupción, resulta de vital importancia presentar algunos reparos frente a la potestad reglamentaria que le fue concedida a Colombia Compra Eficiente a partir del Decreto 1510 de 2013, para la elaboración y diseño de estos documentos o formatos. En este orden de ideas, cabe traer a colación la sentencia del Consejo de Estado proferida el 11 de abril de 2019, en la cual se estudió la legalidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, tal como se mencionó en el acápite segundo, con la cual se declaró la nulidad del numeral 2 en su literal a, el numeral 3° y el numeral 4° por considerarse que con ellos se estaría realizado un traspaso indebido de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la Republica a una entidad.

De igual forma, a lo largo de la sentencia, se abordaron diferentes discusiones, como la naturaleza que, para ese año, pese a las normas existentes, se predicaba de Colombia Compra Eficiente en el siguiente sentido:

[...] lo que resulta evidente es que el Presidente de la República cuenta ahora con una entidad especializada que lo apoya técnicamente tanto en la formulación de una política pública en materia de compras y contratación pública, como en su labor de producción normativa, sin que por ello se desprenda de las normas pertinentes alguna suerte de escisión de las facultades. (Consejo de Estado, 2019, Exp. 52055)

Adicionalmente, el Consejo de Estado planteó respecto de las atribuciones a Colombia Compra para elaborar las minutas tipo de contratos, que:

[...]la Agencia Nacional de Contratación- Colombia Compra Eficiente no cuenta con la competencia jurídica necesaria para diseñar e implementar, con efectos obligatorios para las entidades públicas, documentos contractuales estandarizados para ninguna modalidad de contratación, pues, ante una orfandad normativa que la sustente, ello reñiría, abiertamente, con el principio de autonomía de la voluntad reconocido a aquellas por la Ley 80 de 1993. (2019, Exp. 52055).

De conformidad con lo anterior, se tiene que, bajo esa normatividad, las facultades que le fueron concedidas a Colombia Compra Eficiente constituían una transferencia inadecuada de la facultad reglamentaria a cargo del Presidente de la Republica.

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia emitida el 3 de abril de 2020, termina de realizar el examen de legalidad de los artículos del capítulo del Decreto 1510 de 2013 que confirió potestades a Colombia Compra Eficiente (Exp. 50199). Así, esta corporación declaró la nulidad de los artículos 158 y 160, que facultaban a esta entidad para diseñar el formato del Plan Anual de Adquisiciones y para los manuales de contratación que deberían ser adoptados por las entidades estatales, con fundamento en el traslado y ejercicio indebido de dicha potestad reglamentaria. Al respecto, esta corporación adujo que:

La función que le fue atribuida a Colombia Compra Eficiente de “desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado, [así como] difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública”, no la habilita, como pareció entenderlo CCE en su contestación a la demanda, a ejercer una potestad que se encuentra en cabeza de la suprema autoridad administrativa, consideración que resulta de suficiente entidad para que las normas del Decreto en estudio, que trasladaron la potestad reglamentaria y vaciaron de contenido el ejercicio de la función que le corresponde ejercer al Presidente de la República, deban ser declaradas nulas. (Consejo de Estado, 2020, Exp. 50199).

Luego de haberse proferido dichas sentencias, con las cuales se había logrado hasta ese momento establecer límites a las actuaciones que venía ejerciendo erradamente Colombia Compra Eficiente, el Legislador promulga la Ley 2022 de 2020. Esta Ley inició su trámite a partir del año 2018, bajo los Proyectos de Ley N° 82 en el Senado y en Cámara con N° 389 de 2019, por medio de la cual se efectuó la modificación del artículo 4° de la Ley 1882 de 2018 que había modificado el parágrafo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Con la expedición de esta disposición, todas las discusiones originadas o suscitadas a raíz de las anteriores normatividades, que regulaban de forma poco precisa lo concerniente a la facultad reglamentaria en materia de contratación estatal para la estandarización de documentos, quedan zanjadas de plano. De ahí que, hasta este momento no hay duda de que dicha competencia se encuentra en cabeza de Colombia Compra Eficiente, restando eficacia de algún modo, a las decisiones adoptadas en las providencias anteriormente citadas.

Una vez se han realizado las consideraciones requeridas frente a quien ostenta la potestad reglamentaria en materia contractual en relación con los documentos tipo, conviene abordar las ventajas y desventajas que conlleva su implementación a la luz de los principios de selección objetiva y transparencia. En este punto resulta pertinente realizar una precisión en términos prácticos, en el sentido de que, los documentos tipo, constituyen el género y, los pliegos tipos, son la especie dentro de este género, esto con el fin de que no se genere confusión cuando se haga referencia a uno y otro.

En cuanto a las ventajas que apareja la utilización de los documentos tipo, se tienen las siguientes: agilidad en el trámite de la contratación, incremento de la participación, y apoyo a pequeñas entidades. En relación con la primera ventaja, desde el punto de vista práctico, se puede advertir que con los documentos tipo se logra una mayor agilidad por parte de las entidades en la diligencia de la información y papelería requerida para adelantar el proceso de contratación respectivo, puesto que, solo se tendrían que limitar a rellenar los formatos con la información pertinente y no tendrían que hacer la construcción de los mismos desde cero.

En lo atinente a la segunda ventaja, se tiene que al realizar los pliegos tipo y estandarizar los requisitos habilitantes para poder concurrir a la convocatoria de un proceso de contratación, se ha incrementado la cantidad de oferentes y con ello se hace frente, de algún modo, a la gran cantidad de procesos de contratación con únicos oferentes. Al respecto, el Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, mediante presentación de resultados del 2019 del período del mes de abril al mes de agosto, manifestó que “En el consolidado nacional de las licitaciones revisadas en los primeros 5 meses de uso del pliego tipo, se constató que en el 72% de los procesos existió pluralidad de ofertas” (p. 18). Este porcentaje debe ser analizado en concordancia con las cifras de contratos adjudicados que corresponde a 568, dentro de los cuales en 410 se implementaron el pliego tipo con modificaciones, en 82 se implementaron adecuadamente y en 29 contratos no se hizo uso de estos (Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura 2019, p. 6).

Y como última ventaja, se encuentra el apoyo a pequeñas entidades o entidades “débiles”, en el sentido de que estas carecen de un apoyo u oficina jurídica que le permita gestionar y realizar sus contrataciones de conformidad con los parámetros legales, razón por la cual es muy común que estas entidades se vean envueltas en procesos de diversa índole por contrataciones que adolecen de alguna ilegalidad. De modo que, la adopción de estos documentos tipo suple en cierta medida este vacío o carencia de muchas entidades y con ello, permiten un fortalecimiento de las mismas en materia contractual.

Por otro lado, tal como se mencionó, la aplicabilidad de estos documentos tipo genera las siguientes desventajas: vulneración del principio de autonomía de las entidades, rigidez en materia contractual, proliferación de documentos tipo y capacidad insuficiente en los oferentes.

Con respecto a la primera desventaja, se debe partir de que el principio de autonomía de las entidades territoriales se concibe en términos de la capacidad que tienen las entidades para gestionar sus intereses, para efecto de este artículo en el ámbito contractual, que implica que estas puedan adelantar las actuaciones requeridas para la consecución de los mismos. En este orden, la Corte Constitucional ha manifestado que:

En materia contractual, al ser el contrato un instrumento de gestión para lograr los fines de interés general y de ejecución financiera, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus propios intereses, materializa dos de las potestades que les reconoce el artículo 287 de la Constitución: la de ejercer las competencias que les correspondan y la de administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones. (2020, C- 119).

Al tenor de lo expuesto, en desarrollo del principio de autonomía de las entidades es de su competencia elaborar y definir sus pliegos de condiciones atendiendo los parámetros establecidos en la Ley y que a su vez estos garanticen la libertad de configuración para el desarrollo de la contratación de acuerdo con las necesidades específicas que presente. Con esto, se reconoce que este principio, de cara a las entidades territoriales, no es absoluto y encuentra sus límites en la Ley, como a su vez, comporta limitaciones para el Legislador, que está dada en la imposibilidad de desconocer o desnaturalizar dicha autonomía.

De conformidad con lo precitado, el Magistrado Alberto Rojas Ríos presentó salvamento de voto en esa sentencia, en el que esbozó entre otros argumentos, que respecto de la facultad que le otorgan al Gobierno Nacional, en la Ley 1882 de 2018, de adoptar documentos tipo cuando sea necesario en relación con otros contratos o procesos de selección, se estaría transgrediendo la autonomía territorial (Corte Constitucional, 2020, C-119).

En conclusión, sobre este punto, es esta una de las mayores desventajas que apareja la implementación de los documentos tipo, en la cual se desconoce si obró o no con intención por parte del legislador, al bloquear de entrada que las entidades públicas tengan iniciativa de crear pliegos para sus contrataciones y se vean obligados a aplicar los impuestos, cercenando la manifestación de la voluntad y libertad de las mismas y, por ende, transgrediendo el principio de autonomía de las entidades territoriales, con concesiones de facultades reglamentarias con amplísimos márgenes de configuración que traspasan los límites impuestos al Legislador.

La segunda desventaja que se logra advertir ante la implementación de estos formatos estandarizados radica, en la rigidez que estos imponen a la contratación pública desvirtuándola casi por completo del carácter dinámico que le era propio. Lo que se puede entrever con la inclusión de los documentos tipo, sin olvidar la firme aspiración de la administración nacional de crear tantos documentos como sean necesario para cubrir todos los procesos de contratación y reducir los regímenes exceptuados, está dado en el sometimiento por parte de las entidades que se encontraran obligadas a tener pleno conocimiento y dominio de cada uno de los formatos y las modificaciones o actualizaciones de los mismos para poder adelantar los contratos de selección.

En este sentido, ya no será suficiente en Colombia con lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación, la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones que integran el marco normativo en materia contractual, que por cierto ya son muchos, sino que también implicará asumir la carga de revisión de cada uno de los documentos expedidos. Aunado a esto, acatar, en estricto

cumplimiento, la regla de inalterabilidad que traen estos formatos, con los cuales queda absolutamente delimitado el margen de acción de las entidades, que en concreto simboliza un real obstáculo para que a través de la contratación se pueda efectivamente satisfacer las necesidades particulares ante la imposibilidad de readecuarlos o reajustarlos más allá de lo dispuesto en los mismo. Tal es el caso de los problemas que se han presentado en relación con lo dispuesto en los documentos tipo de infraestructura sobre las visitas de terrenos u obra, las cuadrillas y garantía de la obra.

Como tercera desventaja, está la proliferación de documentos tipo que, si bien en la actualidad no es contemplada por muchos, resulta ser un evento futuro innegable. Esto con fundamento en que precisamente con la Ley 2022 de 2020 lo que se busca es establecer formatos estandarizados para todos los procesos de selección y con ello reducir los regímenes exceptuado, tal como se adujo anteriormente, lo que implicaría la elaboración de gran cantidad de documentos tipo. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que cada documento tipo consta de al menos 15 documentos entre los formatos y los anexos, lo cual se puede apreciar en la página oficial de Colombia Compra Eficiente, y estos son susceptibles de ser modificados o actualizados, verbigracia, al mes de noviembre de la presente anualidad el documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte está en su segunda versión y, están en trámite la tercera versión, la versión 2 de los documentos tipo de la selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte.

Como ultima desventaja, figura la insuficiente capacidad de algunos oferentes que se puedan presentar para participar en determinados procesos de contratación. Esto pone de plano una situación realmente compleja que resulta del afán del Legislador de luchar contra la corrupción y al mismo tiempo garantizar la mayor concurrencia de oferentes en los procesos, modificando algunos requisitos para permitir el ingreso de estos, que termina en una gran cantidad de proponentes sin la calidad real requerida para ejecutar el contrato y apuntando al menor precio, lo que desemboca, en la transgresión o vulneración de los presupuestos del principio de selección objetiva.

Resulta imperativo precisar que los documentos tipo no son algo innovador creado en Colombia, sino que muchos países, como Argentina y Republica Dominicana, y entes internacionales, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, ya han implementado esta modalidad. En Argentina, se introdujeron los documentos estándar por medio

del Decreto 1030 de 2016 que modificó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, estableciendo el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, cuya utilización es obligatoria por parte de las entidades y jurisdicciones, el cual debe ser aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones, quien también tiene la facultad para modificarlos y elaborar nuevos modelos.

Por otro lado, en República Dominicana los documentos estándar se empezaron a implementar desde hace varios años con el Decreto 543 de 2012 que reglamentó la Ley 340 de 2006 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, en la que se otorgó la facultad al Órgano Rector de Contrataciones Públicas de crear los manuales de procedimientos y modelos de formatos y pliegos y contratos, como formatos únicos y obligatorios para las entidades en los procedimientos de contratación pública.

Al respecto, anualmente Transparencia Internacional publica los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) en la que se tienen en cuenta entre otros factores, la contratación pública, cuyo valor de medición de corruptibilidad se encuentra en el rango de puntuación 0 a 100, siendo 0 muy corrupto y 100 ausencia de corrupción. En este sentido, para el país de Argentina en el periodo comprendido entre 2010 a 2019, pasó del puesto 110 al puesto 66 logrando una puntuación de 45 (Transparencia Internacional, 2019). Por otro lado, se evidenció que para República Dominicana en el periodo del 2010 al 2019, bajó por lo menos 30 lugares pasando del puesto 105 al 137 alcanzando una puntuación de 28 (Transparencia Internacional, 2019). Y finalmente, Colombia en el rango del 2010 al 2019, pasó de ocupar el puesto 78 al 96 alcanzando una puntuación de 37, con una mínima variabilidad durante todo ese período de puntuación entre 36 y 37 (Transparencia Internacional, 2019).

Los resultados arrojados por los estudios realizados por este organismo internacional permiten poner sobre la mesa tres situaciones: primero, la corrupción en Colombia ha sido una “enfermedad” permanente, constante y que las medidas adoptadas durante el rango de 9 años, pese a la expedición de la Ley 1474 de 2011 - Estatuto Anticorrupción-, han sido insuficientes e ineficaces para promover la transparencia, lo que denota un severo estancamiento en el país; segundo, pese a que República Dominicana desde el año 2006 se encuentra en el proceso para la adecuación de la contratación pública con los documentos estandarizados, esta no ha resultado exitosa, si bien existen numerosos factores que inciden en esta clasificación, la introducción de estos formatos estándar no ha sido un referente de mejoría ante la lucha contra la corrupción en

este país; y por último, en relación con Argentina, parece dilucidar un panorama un poco alentador ante las políticas públicas implementadas para combatir la corrupción, dentro de las cuales puede estar siendo efectiva la implementación de los pliegos únicos de base y condiciones generales.

Ante la gran cantidad de hechos de corrupción en la contratación estatal, que implican la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, organismos internacionales han realizado recomendaciones a Colombia en pro de tomar acciones afirmativas para combatirlos. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2014) ha instado a Colombia en sus recomendaciones en la prevención y manejo de conflictos de interés, promoción de la transparencia, optimización de procesos y seguimiento de resultados, apuntando a efectuar mejores prácticas encaminadas a la unión y simplificación de la normativa contractual que se encuentra dispersa en el ordenamiento. De igual forma, la OCDE (2017) recomienda que se diseñen herramientas y medios pertinentes y útiles para lograr una coordinación eficaz de los diferentes actores del sistema colombiano para reforzar y respaldar la integridad pública y con ello lograr más efectividad en la prevención de la corrupción y control de las actuaciones de las entidades.

En esta misma línea, Transparencia por Colombia, en el informe de seguimiento de acción pública del año 2019, ha aducido que buena parte de las acciones enfoca la lucha contra la corrupción desde una perspectiva paliativa pero que dejan a un lado los problemas estructurales que son los reales causantes de la corrupción por lo que recomienda reformar la institucionalidad anticorrupción del país en pro de garantizar el principio de transparencia del sistema de contratación pública.

Finalmente, la nueva normativa en relación con los documentos tipo, la Ley 2022 de 2020 resulta meritorio presentar algunas críticas de cara a la aplicabilidad de los principios de selección objetiva y transparencia. Con la sola atribución de la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente se derivan grandes inconvenientes, debido a que se pasa de una descentralización de la contratación con respecto de la autonomía de las entidades a una contratación centralizada en cabeza de una entidad como órgano director de la misma.

Esta entidad resulta perfectamente llamativa, por la gran concentración de poder que maneja y puede llegar a manejar, para los grandes gremios de Colombia, que pueden influir de manera

determinante en lo dispuesto en los documentos tipo para cada uno de los procesos de selección, asegurando con ello de cierto modo su participación, lo que resulta ser un escenario completamente plausible y que pone en riesgo la transparencia y la objetividad. Esto, con fundamento en el alto porcentaje de riesgo de corrupción de que adolece esta entidad, que según el Índice de Transparencia de las Entidades Públicas (ITEP) en su último informe del año 2015-2016 se encontraba en un nivel de riesgo Alto con un puntaje del 58.84, siendo una de las entidades donde la corrupción se puede gestar con gran facilidad.

Un punto muy controvertible de esta nueva disposición se halla en la facultad que se le otorga a Colombia Compra de que se puedan incluir dentro de los documentos tipo otros factores de escogencia así como aquellos requisitos que previa justificación representan buenas prácticas contractuales lo cual va en directa contravía con lo que presupone el principio de selección objetiva, dejando un campo amplio de discrecionalidad y arbitrio para introducir aquello que a juicio de la entidad represente “buenas prácticas contractuales”. Y con esto no solo se atenta contra la selección objetiva sino también contra el principio de transparencia, siendo este un foco o espacio del cual se pueden dar actuaciones que propicien la corrupción.

Por último, con todo lo expuesto hasta aquí, se logra perfilar el escenario de la situación real y actual de la aplicabilidad de los principios de selección objetiva y transparencia en la contratación estatal. Dicho escenario denota por una parte, la aplicación contraria a lo dispuesto en la ley que ha sido recurrente por parte de los diferentes actores y, por otra parte, la insuficiencia de las medidas adoptadas por el gobierno para la promoción efectiva de estos principios y el afán desmesurado por combatir la corrupción, que sigue latente y constante, que los impulsa a implementar métodos, como los documentos tipos, cuyas dificultades son mayores que los beneficios que pueden generar y en este caso particular, yendo en contravía de principios rectores.

En fin, resulta evidente la percepción sesgada y equivocada del Legislador y el Gobierno Nacional en aplicar instrumentos para atacar o contrarrestar el resultado, obviando por contera la causa real y efectiva que genera y condiciona ese resultado. Así, siempre serán insuficientes las medidas que se tomen en Colombia para combatir la corrupción sino se atiende el origen que radica en las actuaciones de los funcionarios de las entidades públicas y la falta de controles efectivos de las mismas.

## Conclusión

En el desarrollo de este artículo, se abordaron los principios de transparencia y selección objetiva, como principios rectores y fundantes en la contratación estatal, que implica que las actuaciones y/o actos de las entidades públicas vayan en desarrollo o cumplimiento de lo preceptuado por estos. De igual forma, se analizaron las normativas existentes en relación con la potestad reglamentaria asignada a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente para la expedición de los documentos tipo y la implementación que se ha venido realizando de los mismos. Por supuesto, se esbozaron las razones por las cuales se considera que la aplicabilidad de los principios de transparencia y selección objetiva son contrarios a la ley y como los medios o mecanismos adoptados se muestran insuficientes para hacer frente a dicha situación.

También se precisaron las ventajas y desventajas que a la luz de estos principios apareja la implementación de los documentos tipo como herramienta definida por el Gobierno Nacional para combatir la corrupción. Al respecto, queda el interrogante si realmente con esta adopción se hace frente a las causas estructurales que generan la inaplicabilidad de estos principios y si sumariamente, con ellos se puede combatir la corrupción o si, por el contrario, será el antifaz que le dé estatus.

Finalmente, se planteó a la luz del derecho comparado una breve experiencia de países como Argentina y República Dominicana que adoptaron los documentos estandarizados, y algunas recomendaciones de organismos internacionales, que buscan impulsar a Colombia a la toma de acciones positivas y afirmativas para la configuración de un sistema de contratación pública transparente.

Partiendo de lo expuesto, puede concluirse que la implementación de los pliegos tipo no garantizan la aplicabilidad de los principios de transparencia y selección objetiva, toda vez que no es el mecanismo idóneo y adecuado para atender a las casusas reales que generan la inaplicabilidad en la práctica contractual. Es necesario reformular y repensar los mecanismos, enfocados, más que al resultado de las malas prácticas contractuales que derivan en la corrupción, en realizar controles asertivos y efectivos de los actos y actuaciones de las entidades implicadas en las contrataciones, ejercidos con miras a la promoción de la transparencia y de la selección objetiva y de ello se derivarán automáticamente políticas de prevención contra la corrupción.

## Referencias Bibliográficas

- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-. (2019). Resolución 1798. Por la cual se desarrollan e implementan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=90622&dt=S>
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-. (2020). Resolución 0045. Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 1798 de 2019. Recuperado de [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/resolucion\\_0045.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/resolucion_0045.pdf)
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-. (2020). Resolución 0044. Por la cual se desarrollan e implementan los Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?dt=S&i=90734#0>
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-. (2020). Resolución 160. Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=97409&dt=S>
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1)
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)
- Congreso de la República. (16 de julio de 2007). Ley 1150. Diario Oficial N° 46.691. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)
- Congreso de la República. (12 de julio de 2011). Ley 1474. Diario Oficial N°48. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

Congreso de la República. (18 de enero de 2011): Ley 1437. Código de Procedimiento

Administrativo y Contencioso Administrativo. Recuperado de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la República. (17 de julio de 2013). Decreto N° 1510. Diario Oficial N°48.854.

Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>

Congreso de la República. (15 de enero de 2018). Ley 1882. Diario Oficial N° 50.447.

Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1882\\_2018.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html)

Congreso de la República. (22 de julio de 2020). Ley 2022. Diario Oficial N° 51.383.

Recuperado de

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202022%20DEL%2022%20DE%20JULIO%20DE%202020.pdf>

Congreso Nacional de Republica Dominicana. (2006). Ley 340. Compras y contrataciones de

Bienes, Servicios, Obras y Concesiones. Recuperado de

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do049es.pdf>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (18 de marzo de 2010). Auto 17756. [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (4 de junio de 2008). Sentencia 17783. [CP Myriam Guerreo Escobar].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1 de abril de 2009). Auto 36476. [CP Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (25 de febrero de 2009). Auto 15797. [CP Myriam Guerreo Escobar].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (23 de noviembre de 2016). Sentencia 38310. [CP Stella Conto Díaz].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (16 de agosto de 2018). Sentencia 38339. [CP Stella Conto Díaz].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (12 de noviembre de 2014). Sentencia 29855. [CP Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (11 de abril de 2019). Sentencia 52055. [CP María Adriana Marín].

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (6 de agosto de 2019). Auto 62003. [CP Martín Bermúdez Muñoz].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (19 de diciembre de 2017). Sentencia 51622. [CP Guillermo Sánchez Luque].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (19 de septiembre de 2019). Sentencia 59432. [CP Martha Nubia Velásquez].
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (11 de julio de 2019). Sentencia 00395 [CP César Palomino Cortés].
- Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007). Sentencia C – 932. [MP Marco Gerardo Monroy]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>
- Corte Constitucional. (25 de abril de 2012). Sentencia C – 300. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>
- Corte Constitucional. (15 de abril de 2020). Sentencia C – 199. [MP Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-119-20.htm>
- Departamento Administrativo de Función Pública. (2018). Manual de Contratación. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>
- Mantilla, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Revista Principia Iuris*, 22, 141-161.
- Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura. (2019). Resultados del 01 de abril al 31 de agosto de 2019. Recuperado de <http://www.infraestructura.org.co/16congreso/presentaciones/observatorio-contratacion.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2014). Combatiendo la Colusión en los Proceso de Contratación Pública en Colombia. Recuperado de [http://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf)

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: Invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo. Recuperado de [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia\\_9789264278646-es#page3](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia_9789264278646-es#page3)
- Presidencia de la República. (2011). Decreto 4170. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_4170\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html)
- Presidencia de la República. (2015). Decreto 1082 de 2015. Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>
- Presidencia de la República. (2019). Decreto 342. Por el cual se adiciona la Sección 6 Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Recuperado de [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/decreto\\_342\\_de\\_2019.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/decreto_342_de_2019.pdf)
- Presidencia de la República. (2019). Decreto 2096. Por el cual se adiciona la Subsección 2, de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30038520>
- Presidencia de la República. (2020). Decreto 594. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.2.6.1.6. y se adiciona la Subsección 3, a la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=92640>
- Presidencia de la Nación Argentina. (2016). Decreto 1030. Por el cual se modifica el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265506/norma.htm>
- Presidencia de República Dominicana. (2012). Decreto 543. Reglamento de la Ley sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones. Recuperado de

[https://www.dgcp.gob.do/new\\_dgcp/documentos/politicas\\_normas\\_y\\_procedimientos/leyes\\_y\\_decretos/reglamento\\_no\\_543\\_12\\_de\\_aplicacion\\_de\\_la\\_ley\\_no\\_340\\_06.pdf](https://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/leyes_y_decretos/reglamento_no_543_12_de_aplicacion_de_la_ley_no_340_06.pdf)

Transparencia por Colombia. (2015-2016) índice de Transparencia de las Entidades Públicas.

Recuperado de <https://indicedetransparencia.org.co/2015-2016/ITN/EntidadesNacionales>

Transparencia por Colombia. (2019). Así se mueve la corrupción. Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018. Recuperado de

<https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf>

Transparencia por Colombia. (2019). Primer Informe de Seguimiento de la acción pública del Gobierno Nacional en materia Anticorrupción. Recuperado de

<https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Monitor/primer-informe-seguimiento-accion-publica-gobierno.pdf>

Transparencia Internacional. (2019). Índice de Percepción de la Corrupción. Recuperado de

<https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/arg>

Transparencia Internacional. (2010). Índice de Percepción de la Corrupción. Recuperado de

<https://www.transparency.org/en/cpi/2010>

Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S contra la Agencia Nacional de

Infraestructura. (2019). Trámite N° 4190 y 4209. [Arbitro: Jorge Ibáñez Najar, Catalina Hoyos & Carlos González Arévalo]. Recuperado de

<http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>

Tribunal Superior de Bogotá. (2017). Sala Penal, Sentencia 2014-00604. [MP Alberto Poveda Perdomo]. Recuperado de

[http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_e2c809f1c06b4098874bbf873fa8fec5](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_e2c809f1c06b4098874bbf873fa8fec5)

Vidal, J. & Molina, C. (2019). *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Legis Editorial.