

**CONCURRENCIA DE CONCURSO DE MÉRITOS Y MÍNIMA CUANTÍA:
CONFLICTO Y VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS**

**Nombre de los estudiantes:
DANIELA JIMÉNEZ GÓMEZ
ESTEBAN RESTREPO GONZÁLES**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2020**

**CONCURRENCIA DE CONCURSO DE MÉRITOS Y MÍNIMA CUANTÍA:
CONFLICTO Y VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS**

**Nombre de los estudiantes:
DANIELA JIMÉNEZ GÓMEZ
ESTEBAN RESTREPO GONZÁLES**

**Director del Trabajo de Grado:
KATHERINE GÓMEZ GARCÍA**

Trabajo de grado para optar al título de abogado

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2020**

Resumen

Las modalidades de selección de contratista se desarrollan en función de garantizar los principios que rigen la función administrativa, procurándole así alcanzar los fines que la norma constitucional le establece; en tal sentido, la legislación nacional presenta la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la mínima cuantía como procedimientos que atienden al principio de selección objetiva. Por lo anterior, cabe señalar que, aunque de manera coherente se ha pretendido la regulación de dichas modalidades, siempre se enfrenta el problema jurídico de que ante una misma necesidad de contratar, concurren más de una.

Tal problema jurídico, si bien ha presentado soluciones pacíficas, las mismas no dejan de ser controversiales en algunos casos, ya que la concurrencia de modalidades presenta a su vez un conflicto de principios. Por ello, en función de lo dicho y a la luz de que la modalidad de mínima cuantía prevalece sobre el concurso de méritos, cabe preguntarse: **¿se compadece con los fines y principios de la función administrativa y la contratación estatal que por economía procesal se de prevalencia a la mínima cuantía sobre el concurso de méritos?**

En virtud de endilgar una respuesta al problema que subyace de la anterior pregunta, se hace necesario, entonces, analizar los fines y principios que rigen la función administrativa, las modalidades de concurso y mínima y los presupuestos

¹ Aspirante al título de Abogada Universidad Pontificia Bolivariana. Email: daniela.jimenezgo@upb.edu.co

² Aspirante al título de Abogado Universidad Pontificia Bolivariana. Email: estebanrestrepognz@gmail.com

de concurrencia, así como la solución dada a la misma y los principios en conflicto, seguido ello, de la necesidad de formular una solución alterna.

En pro de lo anterior, es menester, bajo una investigación cualitativa, efectuar un estudio y análisis de caso; seguido ello, además, de determinar el estado del arte, a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal, que ha surgido ante la concurrencia de la mínima cuantía y el concurso de méritos como modalidades de selección.

Palabras clave: Concurso de Méritos, Mínima Cuantía, Principios, Conflicto, Violación, Prevalencia.

Abstract

The contractor selection modalities are developed in order to guarantee the principles that govern the administrative function, thus trying to achieve the purposes established by the constitutional norm. In this sense, the national legislation presents the public tender, the abbreviated selection, the contest of merits, the direct contracting and the minimum amount as procedures that meet the objective selection principle. Therefore, it should be noted that, although the regulation of these modalities has been consistently sought, the legal problem of facing the same need to hire, more than one concur.

Such legal problem, although it has presented peaceful solutions, they are still controversial in some cases, since the concurrence of modalities in turn presents a conflict of principles. Therefore, depending on what has been said and in light of the fact that the minimum amount prevails over the merit contest, it is worth asking: does it sympathize with the aims and principles of the administrative function and state contracting that, due to procedural economy, prevalence at the minimum amount over the contest of merits?

By virtue of providing a response to the problem that underlies the previous question, it becomes necessary, then, to analyze the aims and principles that govern the administrative function, the competition and minimum modalities and the concurrence budgets, as well as the solution given to it and the conflicting principles, followed by the need to formulate an alternative solution.

In favor of the above, it is necessary, under a qualitative investigation, to carry out a case study and analysis followed, in addition, to determine the state of the art, at the normative, jurisprudential and doctrinal level, which has arisen before the concurrence of the minimum amount and the contest of merits as modalities of selection.

Key words: Contest of Merits, Minimum Amount, Principles, Conflict, Violation, Transgression.

Introducción

Los procesos de selección de contratista se desarrollan normativa, jurisprudencial y doctrinalmente en pro de garantizar los principios que rigen la función administrativa y en especial la contratación estatal, en tal sentido, se han establecido, de antaño, los principios de selección objetiva, eficacia, eficiencia, celeridad, economía, publicidad e igualdad, no obstante es pertinente decir que se integran principios comunes a otras parcelas del derecho, como la buena fe, el debido proceso, entre otros. Así pues, en desarrollo de la anterior premisa, la Ley 1150 de 2007 dispone: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa (...)” (Congreso de la República, 2007) y últimamente, la Ley 1474 de 2011, adiciona la nueva modalidad de mínima cuantía. En virtud de la diversidad de modalidades, se genera, en consecuencia, concurrencia de estas, por ello no en vano la jurisprudencia, la doctrina y el sector legislativo se han desempeñado en clarificar cuando determinada modalidad

prevalece ante otra, sin embargo, se debe decir que, ante la posición acogida de que la mínima impera sobre el concurso, se ha presentado discusión de diversa índole.

Por lo anterior, es que este trabajo se centrará en estudiar el fondo de dicha posición, no siendo otro que analizar un conflicto de principios inmersos en las modalidades en concurrencia, ante los cuales un detenido estudio conlleva a concluir errada la actual posición, pues la misma desdibuja la esencia del concurso e implica un conflicto y una trasgresión de los principios de la función administrativa, la contratación estatal y un obstáculo en la consecución de los fines del Estado.

Dicho análisis sobre relevancia, toda vez que permite reevaluar la posición jurídica que se ha adoptado, pues es menester en el ámbito normativo y jurisprudencial conservar la coherencia y esencia de las instituciones jurídicas que imperan y gobiernan la contratación estatal y los procesos de selección de contratista. Además, dicho trabajo permite exponer que la normatividad y la jurisprudencia, deben orientarse por los estudios jurídicos realizados en la academia, toda vez que, para efectos del presente problema jurídico, permiten exponer que, en todo caso, el concurso de méritos consagra como factor imperante el conocimiento y la experiencia en el contratista, como elementos que permite garantizar los principios y la consecución de los fines del Estado.

En virtud, entonces, de fundamentar un análisis jurídico que permita sostener la conclusión de que el concurso de méritos es incólume y prevalente ante la modalidad de selección de mínima cuantía, es menester detallar los principios que rigen la contratación y constatar, además, que a esta se han integrado principios propios de otras parcelas del derecho, no sin obviar un estudio cuidadoso de las modalidades en concurrencia y sin dejar de un lado la oportunidad de plantear una solución jurídica que sea coherente con el sistema de principios y fines del Estado colombiano.

Lo anterior, será abordado mediante una interpretación de norma y un estudio de jurisprudencia y doctrina, la cual permita dilucidar claramente la posición o estado del arte que se tiene respecto de las modalidades en conflicto y, además, que permita exponer la esencia de los principios y fines estatales que, debido a la concurrencia en mención, se ven afectados. Todo lo anterior, con el fin de plantear y sostener una posición jurídica coherente, atendiendo a lo que se busca y pretende con cada modalidad de selección, a saber, con el concurso de méritos, seleccionar el contratista idóneo para ejecutar objeto contractual de interventoría.

1. Fines del Estado, principios de la función administrativa, de la actividad contractual y de selección de contratista

El Estado social de Derecho se constituye bajo el mando de una norma superior, la Constitución Política de Colombia; debido a ello, su actividad se ve orientada por las directrices que esta le dicta y por los fines que le indica. Bajo tal entendido, se encuentra la función administrativa que, siendo una manifestación propia del Estado, esta, por supuesto, orientada por unos principios y destinada a alcanzar o materializar unos fines, establecidos no solo en norma constitucional sino, además, en otras normas de rango inferior dentro del sistema jurídico colombiano. No ajeno a la función administrativa, encontramos el ejercicio de la actividad contractual y con ella los procedimientos de selección de proponentes, que, por supuesto, no está exenta de observar los principios, no solo de la función administrativa, sino también de la norma especial que le regula, se habla pues de la Ley 80 de 1993, denominada Estatuto General de la Contratación Estatal.

Bajo la anterior estructuración, es menester, entonces, plantear que el propósito de este primer apartado es desarrollar un panorama de qué se ha entendido por función administrativa, para posteriormente ahondar en los principios que le rigen y los fines del Estado que debe materializar. No obstante,

dado que se cuenta con norma especial, es necesario hablar de la contratación estatal y específicamente de los procedimientos de selección de contratista y los principios que, consagrados en la Ley 80 de 1993, se han encargado de orientar esta materia.

Así, dando desarrollo a lo dicho, se debe advertir que, respecto de lo que se entiende por función administrativa, se encuentran diversas aristas a la hora de estudiar un concepto o definición de esta, es decir, no se cuenta con un concepto jurídico unánime que permita dilucidar cuál es, en sentido estricto, el alcance de la función administrativa como manifestación del ejercicio de las tareas del Estado. Sin embargo, la dificultad mencionada y en aras de lograr un entendimiento clave para el presente trabajo, se hace indispensable acudir a la fuente que otorga contenido, esencia o sustancia a dicha institución; a saber, la Constitución Política de Colombia, en tanto su artículo 209 dispone que:

Artículo 209 La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

No queda duda que el artículo citado es el engranaje y el punto de partida para emprender el estudio de la función administrativa, en tanto, en el mismo se “funda los principios, objeto y el control de la función administrativa” (Corte Constitucional de Colombia, 1999, Sentencia C-561/99). Reconocida la importancia de dicho artículo y atendiendo a la sentencia ya citada, se debe decir, respecto del objeto de la función administrativa, que precisar el mismo ha sido controversial, pues desde que se dio el cambio de la concepción estructural o estática a la concepción dinámica o funcional del Estado, el alcance de lo que se entiende y se da en la función administrativa tiende a confundirse con otras funciones propias del Estado. Por lo anterior, es pertinente recalcar el esfuerzo de

las teorías modernas por precisar dicha zona gris entre las funciones, en consecuencia, se ha destacado, como puntos esenciales a la hora de diferenciar una función de otra, el entrar a detallar no solo qué órgano la despliega, qué procedimiento sigue, cuál es la naturaleza del acto, sino, además, qué papel cumple dicha función o el acto resultante y qué jerarquía ocupa dicho acto o función en el ordenamiento jurídico.

Esbozado el anterior desarrollo jurídico conceptual, se puede entonces precisar, en esencia, que el objeto de la función administrativa se circunscribe como el desarrollo o ejercicio de la función pública que propende por la realización práctica de las tareas del Estado Social de Derecho, en tanto tiene como finalidad “buscar la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política” (Congreso de Colombia, 1998, Ley 489). Así, respecto de las tareas del Estado, es importante mencionar que las mismas, en su mayoría, se conciben en la Constitución Política (1991), a modo ejemplo se encuentran:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado.
(...)

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Explicado, por tanto, el objeto de la función administrativa es pertinente señalar la finalidad de esta, en tanto el artículo 4 de la Ley 489 de 1998 expresa que el ejercicio de la función administrativa debe estar fijado en la consecución de los fines constitucionales. En tal sentido, el artículo 2 de la Constitución Política (1991), expone y deja claro que:

Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad

territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Haciendo, a partir de la norma citada, una interpretación literal y teleológica, no queda duda de que la función se concibe para satisfacer las necesidades de rango social que adquieran un carácter relevante en el Estado. Bajo tal entendido y haciendo una integración del tema principal, se puede decir que la actividad contractual y con ella los procesos de selección de contratista se constituyen, entonces, como el ejercicio o la manifestación de la función administrativa mediante los cuales busca suplir las necesidades y servicios que procuren la satisfacción del interés general.

A pesar de lo anterior, es necesario poner de presente que, si bien la Constitución señaló la finalidad de la función administrativa, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 se encargó de consagrar los fines que con la actividad contractual el servidor público debe conseguir, materializar y, consecuentemente, procurar con los distintos procedimientos de selección de contratista. Por lo dicho, aunque el legislador en el artículo en mención, de forma expresa, señaló 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 fines" (...) (Congreso de la República, 1993, Ley 80).

No cabe duda de que el servidor deberá, entre las distintas modalidades de selección de contratista consagradas en la ley, definir y adelantar las más la idónea, necesaria y proporcional, respecto de celebrar determinado contrato o adquirir cierto bien o servicio, toda vez que ello garantiza la consecución, no solo de los fines de la contratación estatal, sino, además, de la función administrativa.

Una vez comprendido el objeto de la función administrativa y con ello de la contratación estatal, se torna de suma importancia aproximarse a un tema que se funda en el Artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y artículo 23 de la Ley 80 de 1993, se habla, por tanto, de los principios que en los procedimientos de selección de contratista el servidor u operador público está obligado a garantizar. Así las cosas, la norma que funda los principios y, además, consagra los mismos, es la Constitución Política, ya que el artículo 3 dispone que la misma la función se encuentra al “servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (Rodríguez, 2008, p. 139). Por lo citado, queda claro los principios que de rango constitucional se han establecido a la función administrativa, los cuales también rigen a la contratación estatal y a las distintas modalidades de selección de contratista.

Sin embargo, es menester detallar que el ordenamiento ha integrado, además, principios que a la contratación estatal y con ella a los procesos de selección de contratista, le rigen. Por un lado, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 habló nuevamente de los principios de la función administrativa, no obstante, dicho artículo solo replica lo mencionado en la norma Constitucional. Por otro lado, la Ley 80 del 1993, de forma específica, se encargó de consagrar los principios de la contratación estatal, la cual contempló, no solo los de la función, sino, además, nuevos principios e integró los generales del derecho, a saber, el artículo 23 dispuso los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Por todo lo anterior, no queda duda, entonces, de los principios a los cuales el legislador está sujeto a la hora de entrar a regular la contratación estatal y establecer los procesos de selección de contratista, en tanto debe observarlos en aras procurar la coherencia en el sistema jurídico y el respeto por los mismos; de igual forma, no queda duda de los principios que el servidor u operador jurídico, a la hora de adelantar un proceso de selección y contratar, está obligado a observar y garantizar. Sin embargo, es claro que los principios que integran la contratación

son numerosos, por ello en lo que respecta al problema que se aborda en este trabajo, se hace necesario tener una breve noción de los principios de eficacia y eficiencia.

En desarrollo de lo dicho, rige a la función el principio de eficiencia y eficacia, toda vez que con estos buscan que se cumpla con el fin establecido y que ello se haga con los medios más idóneos, en términos de costos-beneficios. Así, en lo que respecta a dichos principios, los mismos encuentran soporte y fundamento en el artículo 2° de la Constitución (1991), en tanto este prevé “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”; bajo dicha premisa es que la Corte Constitucional, en la Sentencia 826 de 2013, estableció que la eficacia es una cualidad de la función administrativa, mediante la cual “expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo”, dado que la misma:

Es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de asocialidad del Estado”. Por otro lado, en la misma Sentencia, la Corte respecto de la eficiencia ha dicho que la misma “presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios. (Corte Constitucional, Sentencia C 826, 2013).

Se puede concluir, por tanto, que la contratación estatal y los procedimientos de selección de contratista, se constituyen como manifestación de la función administrativa, teniendo esta por objeto la realización de las tareas prácticas del Estado. En el mismo sentido, es dable concluir que dichas tareas están fijadas a la consecución de unos fines establecidos no solo en norma constitucional, sino, además, en normas de rango inferior. Que no obstante fijados unos fines, hay unos principios rectores que, consagrados en norma Constitucional, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y en norma de rango inferior, como la transparencia, economía y responsabilidad, se encargan de orientar y fijar los límites a los distintos procesos de selección y ante los cuales el legislador debe guardar

coherencia y procurar la esencia de las instituciones jurídicas y el servidor buscar garantizar los mismos.

2. Modalidades

2.1. Modalidades de selección de contratista y tipologías contractuales

En algunas ocasiones se tiende a confundir las modalidades de selección de contratista con las tipologías contractuales, no obstante, denotan gran diferencia, por ello en este apartado se pretende poner de presente de forma breve las características que a nivel jurídica revisten las mismas. Así, respecto de comprender las tipologías contractuales, es posible acudir al artículo 32 de la ley 80 del 93, en tanto este dispone que, por contrato estatal, se puede entender:

(...)

todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el estatuto de contratación estatal, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

(...) (Congreso de la República, 1993).

Citado lo anterior, es dable decir que las tipologías contractuales no son más que los actos que, siendo fruto de la expresión de la voluntad, son generadores de obligaciones para la administración y el contratista, siendo este último el sujeto resultante del proceso de selección de contratista que asiste a la tipología contractual o al objeto en ella contenido, dadas sus características, es decir, si la tipología contractual es contrato de obra, le asiste, como regla general, la licitación pública como modalidad o si se trata de un objeto consistente en la adquisición de un bien cuyas características son uniformes, le asiste, entonces, la selección abreviada mediante subasta inversa. Por lo dicho, es de aclarar que la tipología contractual no siempre señala o determina la modalidad, toda vez que la puede señalar las características del bien o servicio, a saber, si la FLA como

entidad desea celebrar una compra venta de Alcohol Extra neutro para su proceso productivo, deberá, entonces, adelantar un proceso de selección abreviada mediante subasta inversa, en tanto es un producto de características técnicas uniformes, pero si desea adquirir Tetra Pak para el envasado de su producto final, deberá entonces acudir a la contratación directa, toda vez que las características del bien en el mercado no permiten otra modalidad, pues es un producto cuyo ingenio está en cabeza de una única empresa en el mundo y, por tanto, es la única empresa autorizada para la comercialización de dicho producto.

En cuanto a los distintos contratos que se surtan en la administración, se debe ahondar en el sentido de su regulación, en tanto, el artículo 32 de la citada Ley 80 del 93, pone de presente que estos pueden encontrarse previstos y regulados en el derecho privado u otra norma especial, como puede ser el Código de Comercio o Código de Civil. Además, en el mismo sentido habla el artículo 13 de la ya referenciada ley, al expresar que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)” (Congreso de la República, 1993, Ley 80). Sin embargo, el artículo 32 del Estatuto General de la Contratación, enfatizó y reguló 6 tipos de objetos que pueden estar inmersos en el acto generador de obligaciones, es decir, reguló 6 tipos de contratos, dejando las demás tipologías a la regulación privada, comercial y demás normas afines. En efecto, habló de los contratos de “Obra, Consultoría, Prestación de Servicios, Contrato de Concesión y Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública” (Congreso de la República, 1993, Ley 80).

De los contratos mencionados en la Ley 80 de 1993 y para efectos del problema a resolver en el presente trabajo, es procedente ahondar en el objeto del contrato de consultoría, toda vez que para efectos de materializar la voluntad con el contratista que ejecutara dicho objeto, se debía surtir, hasta antes de la Ley 1474 de 2011, el concurso de méritos como proceso de selección de contratista. En consecuencia, respecto de comprender cuál es el objeto del contrato de

consultoría, se debe acudir al artículo 32 de la Ley 80 de 1992, en tanto dispuso que:

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

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.
(...) (Congreso de la República, 1993)

Por lo citado, no queda duda de que el elemento de la esencia del contrato de consultoría, tal como lo replica el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de abril de 2012, se centra en que una parte, el contratista, se obligue a prestar un servicio consistente en realizar una de las actividades que enuncia la norma. Debido a lo dicho, es que tal contrato reporta, por tanto, un componente de conocimiento y experticia, tal como lo aclara la Corte Constitucional en la Sentencia C-326 del 97, mediante la cual señalada la diferencia la prestación de servicios y consultoría, al decir que:

(...)
el objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes (Corte Constitucional, Sentencia C-326, 1997).

Agotado lo anterior, es procedente, en consecuencia, hacer referencia a las modalidades de selección de contratista, toda vez que se constituyen como el medio que la administración usa para escoger o seleccionar sus contratistas y así

concluir en una tipología contractual. Al respecto, cabe aclarar que los procedimientos de selección de contratista, a través de las distintas modalidades que la ley trae, buscan no solo lograr la escogencia del contratista, sino, además, blindar de seguridad jurídica la contratación, es por ello que en las modalidades, indistintamente de la que sea, se debe ejecutar unos mínimos que permitan al contratista dilucidar a que se obliga frente a la administración, demostración de lo dicho es, por ejemplo, la elaboración y debida publicación de estudios y documentos previos, como actos propios del principio de transparencia.

Expresado lo anterior, la entidad de la administración que dese contratar una obra, bien o servicio, debe, entonces, escoger a su contratista a través de alguna de las modalidades de selección previstas en las normas. Al efecto, se debe mencionar la Ley 80 de 1993 que, aunque denominada Estatuto General de la Contratación, presenta falencias para recibir tal denominación, ya que la regulación en ella contenida se inclinó por una modalidad de contratación, a saber, la licitación pública, la cual, además, no la diferenció del concurso de méritos y al respecto los asuntos en ella regulados fueron pocos. No obstante, llegó la Ley 1150 de 2007, la cual no solo resolvió la confusión de la Ley 80, en tanto diferenció el concurso de méritos de la licitación pública, sino que, además, reguló las demás modalidades, ya que dicha norma en su artículo 2 dispuso que: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas (...)” (Congreso de la República, 1993).

La regulación colombiana, a pesar de tener las anteriores modalidades de selección de contratista, adicionó una nueva modalidad a las ya consagradas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, pues la denominada Ley Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, consagró y reguló en su artículo 94 la modalidad de selección de mínima cuantía, con la finalidad de establecer un procedimiento ágil, rápido y sencillo para escoger el contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios.

Por todo lo esbozado, imperan, en consecuencia, 5 modalidades de selección de contratista, cada una de ellas atendiendo a unos presupuestos en ella señalados, siendo la licitación pública la regla general, es decir, es la modalidad aplicada a aquellos casos en que la tipología contractual, la naturaleza o característica del bien o servicio u otra circunstancia de modo tiempo y lugar indique o fije a una modalidad determinada, como pasa en los presupuestos señalados para la modalidad de selección abreviada, contratación directa, concurso de méritos y mínima cuantía, ante las cuales si concurre o se da lo expresamente señalado será la modalidad llamada a imperar el proceso de selección.

En conclusión, no queda duda de la diferencia entre tipologías contractuales y modalidades de selección, máxime cuando el artículo 40 de la Ley 80 del 93 consagra que: “en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las **modalidades** (...)” (Congreso de la República, 1993), pues dicha norma permite inferir la diferencia entre modalidades de selección de contratista y tipologías contractuales, puesto que las modalidades no son ni constituyen un tipo de contrato, sino que son el medio del cual se vale la administración para seleccionar el sujeto con quien va a celebrar el contrato, es decir, la modalidad hace parte del contenido del contrato estatal.

2.2. De la modalidad de concurso de méritos

Ahondando en lo anterior, es pertinente, para efectos del presente trabajo, adentrarse en el concurso de méritos, en tanto se estableció como la modalidad idónea y necesaria para seleccionar el contratista que ejecutara una interventoría, pues dicha modalidad garantiza a la administración el contratista con la experiencia y el conocimiento especializado requerido. Lo expresado, fruto de la regulación que trae la norma, toda vez que esta modalidad se estableció con la finalidad de “elegir al contratista debido a la mayor capacidad técnica, científica,

cultural o artística, con el fin de escoger la persona más idónea para la realización del objeto contractual” (Vallejo, 2018, p. 1). Razón de lo mencionado, respecto del concurso de méritos, se encuentra, además, en los criterios de escogencia en ella establecidos, ya que la norma señaló que se haría “utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso” (Vallejo, 2018, p. 1-2).

Así las cosas, queda claro que el concurso de méritos es, desde su concepción normativa, la modalidad de selección de contratista prevista para la escogencia de consultores o proyectos, la cual se puede ejecutar mediante un sistemas de concurso abierto o de precalificación, utilizando como criterios imperantes para la selección entre otros, la experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes; lo que implica, en consecuencia, que en este proceso prevalece la experiencia del proponente y el precio no sería un factor de escogencia.

2.3. De la modalidad de mínima cuantía

Para atender el problema, es, además, importante tener una noción de la mínima cuantía, en tanto se constituye como la modalidad que llega a imperar en la escogencia de contratista en los eventos que se dé el presupuesto para ella consagrado, ello sin importar el objeto a contratar; lo que conlleva, por tanto, a aplicarse a los contratos de consultoría, excluyendo así para estos la modalidad de concursos de méritos. Razón y mérito de lo expuesto, es el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece esta nueva modalidad, consagrando que la misma se surtirá siempre que “La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto (...)” (Congreso de la República, 2011).

Ahondando en el artículo citado, es de suma importancia decir que para la mínima cuantía dicha norma no solo establece unas reglas para su aplicación,

sino que, además, permite concluir que para la misma “no es posible agregar requisitos, procedimientos, ni formalidades adicionales, para aplicar esta modalidad” (Vallejo, 2018, p. 1), ya que con esta modalidad se busca atender:

Un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento (10%) de la menor (...), en tanto “esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales” (Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente, 2019).

Por otro lado, es pertinente mencionar que, para dicha modalidad, se establece como criterio de escogencia el menor precio, en tanto el artículo 94 en su literal C, dispuso que “la entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas” (Congreso de la República, 2011, Ley 1747).

Así las cosas y coligiendo lo anterior, dicha nueva modalidad si bien busca reportar un procedimiento ágil y sencillo, la misma implica un desconocimiento de la importancia de adelantar, con base en la consideración del objeto de la tipología contractual, una modalidad más idónea. Fundamento de lo anterior, es que el artículo 94 al mencionar que se surtirá la mínima cuando se esté en el presupuesto en ella consagrado, (...) independientemente de su objeto, conlleva a desconocer entonces la esencia del objeto del contrato de interventoría e implicando, por tanto, un desconocimiento del concurso de méritos y una aplicación de la mínima cuantía como la modalidad para seleccionar el contratista, la cual tiene como criterio de escogencia el menor precio de las propuestas.

3. Concurrencia de la modalidad de mínima cuantía y concurso de méritos: presupuestos y solución

3.1. Presupuesto de concurrencia

Las modalidades de selección de contratista se constituyen para adelantarse en los presupuestos o causales en ellas consagradas, para las cuales la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 se han encargado de regularlas, al respecto las mismas pareciesen determinar con claridad que modalidad de selección asiste, en contraste con la tipología del contrato, el bien o servicio o la circunstancia de modo, tiempo y lugar, así, por ejemplo, de tratarse de una circunstancia como la urgencia manifiesta, contratación directa; de tratarse de una obra, la licitación pública; de la compra de un bien de características técnicas uniformes, la subasta. No obstante, la práctica y la doctrina ponen de manifiesto la concurrencia de modalidades, es decir, que ante una misma tipología de contrato, bien o servicio asiste la posibilidad de adelantarse no solo una sino dos o más modalidades de selección de contratista. Dicha concurrencia se torna, por tanto, en el problema a resolver por la doctrina y la jurisprudencia, en tanto hay inmersa en las mismas, no solo un problema técnico sino, además, un problema de nivel jurídico.

No obstante, enunciada la encrucijada jurídica que reporta la concurrencia de modalidades, en este apartado se pretende poner de manifiesto los presupuestos que a la luz de la práctica deben darse para hablar de una concurrencia de la modalidad de concurso de méritos y mínima cuantía. En consecuencia, para hablar de concurrencia entre las modalidades en cuestión, se debe: I) Contar con un presupuesto para el proceso de adquisición del bien, obra y servicio menor o igual que la mínima cuantía de la Entidad Estatal, toda vez que así se configura la causal para estar en presencia de la mínima cuantía; y II) el objeto del proceso de contratación debe ser la selección de consultores o proyectos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que se constituye la causal para estar en presencia del concurso de méritos; así las cosas, para materializar, entonces, un contrato de consultoría, esto es para la escogencia del contratista que ejecute el objeto del contrato de interventoría, contamos con dos modalidades de selección de contratista, la mínima cuantía y el concurso de méritos.

3.2. Solución doctrinal, jurisprudencial y normativa a la concurrencia de concurso y mínima cuantía

En aras de lograr el cometido de este acápite, un primer avistamiento de una solución a la concurrencia tratada se encuentra a nivel normativo, en tanto la redacción de la norma permite inferir una interpretación clara, respecto de la cual el legislador era concededor del alcance de esta. Así las cosas, el artículo al expresar que la mínima cuantía se surtirá en los casos en que “la contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad **independientemente de su objeto**” (Congreso de la República, 2011, Ley 1474) (Negrilla agregada por el redactor del presente trabajo), no deja duda que excluye la consideración del objeto del contrato de interventoría para efectos de determinar la modalidad; implicando, entonces, que se surtirá la mínima cuantía, toda vez que el concurso de méritos queda relegado de efectuarse para dicho contrato. En consecuencia, se puede concluir, de este primer párrafo y análisis, que es normativa la solución a la concurrencia en cuestión, en tanto el legislador de manera expresa consagro una redacción disiente y sin vaguedad.

No obstante, lo anterior, dicha concurrencia surtió controversia jurídica tal que la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, mediante la circular número 10 de 2014, Manual de Contratación de Mínima Cuantía, se encargó de absolver la incógnita de cuál modalidad de selección prevalecía; si el concurso de méritos o la mínima cuantía. Al efecto, si bien la Agencia Nacional de Contratación no acudió a la redacción que porta el artículo 96 de la Ley Anticorrupción para absolver la cuestión, lo hizo a partir de dos premisas, como a continuación se evidencia:

El principio de economía contenido en la Ley 80 de 1993 busca que, en la selección del contratista, la Entidad Estatal cumpla y establezca los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, con austeridad de tiempo, medios y gastos. En consecuencia, dado que la **selección de mínima cuantía es especial**

para cualquier objeto y que la selección de mínima cuantía permite obtener una mayor economía en el trámite del Proceso de Contratación, en caso de concurrencia del concurso de méritos y de mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente **considera** que la modalidad de selección aplicable es la de mínima cuantía (Agencia Nacional de Contratación Estatal, Colombia Compra Eficiente, 2014).

Por lo citado, no queda duda de que la Agencia acudió a dos elementos para determinar que prevalece la mínima cuantía sobre el concurso de méritos, a saber, se valió del principio de economía procesal que en los procesos de selección de contratista debe la administración garantizar y se valió de la premisa de que prevalece la norma especial sobre norma de carácter general; ello al considerar la mínima cuantía como especial en contrataste con el objeto de las tipologías contractuales, en tanto que puede aplicarse a cualquier de ellas.

En cuanto a dicha solución dada por la Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente-, puede esgrimirse que la misma, si bien se sustentó en el principio de economía procesal, no tuvo en consideración los principios propios de la función administrativa y la contratación estatal, como la eficacia, eficiencia e igualdad. Sin embargo, es de destacar que dicha solución es respetable y no se le puede exigir más, en tanto es una Entidad que no le compete resolver un problema de principios, razón por la cual se destaca, además, el usar la palabra “*Considera*”, dado que la misma se puede entender como una sugerencia y no como un mandato de obligatorio cumplimiento; circunstancia ante la cual no podría darse otra interpretación, comprendiendo que por su naturaleza emite doctrina consultiva y no obligatoria.

Sin embargo, enunciado que para la Agencia Nacional de Contratación- Colombia Compra Eficiente- no le es de su competencia absolver un conflicto de principios, quedaba la esperanza de que llagará la Corte Constitucional y resolviera la cuestión; por fortuna, sale la Sentencia C-004/17, mediante la cual la Corte conoce de la concurrencia de dichas modalidades. No obstante, en el contenido de dicha sentencia se observan dos cuestiones, que para efectos del problema jurídico no reporta solución alguna, pues acoge una posición similar a la

de la Agencia Nacional de Contratación y, además, deja una gran incógnita a resolver, en el sentido de “*INHIBIRSE de emitir pronunciamiento de fondo*”. Por lo dicho, no queda duda de que la decisión de la Corte, como máximo órgano que puede dotar de coherencia el sistema jurídico, no resolvió el problema de fondo que reviste la concurrencia en cuestión.

Recorrida, por tanto, las principales soluciones que se han dado respecto de la concurrencia en cuestión, es posible concluir, en primer lugar, que la pretensión del legislador de que la mínima cuantía sea imperante sin consideración al objeto, es clara, ello se puede inferir al analizar la redacción de la que dotó el artículo 94 de la Ley Anticorrupción, sin embargo la misma lleva implícita, desde su concepción, el desconocimiento de principios esenciales de la función administrativa y la contratación estatal; en segundo lugar, que la decisión de la Agencia Nacional, si bien la misma recomienda, esta ratifica el sentido de la norma, pero sustentada en el principio de economía procesal y la premisa de que la ley especial prevalece sobre la general; en tercer lugar, que la decisión del máximo órgano de interpretación, la Corte Constitucional, no proporciona una solución de fondo y se adhiere a lo dicho por la Agencia Nacional de Contratación. Así las cosas, la solución vigente y que se ha considerado en la práctica, reporta un problema jurídico de principialística necesario de resolver, con el fin de lograr coherencia en el sistema jurídico y reconocer la esencia de las instituciones jurídicas en el sistema jurídico colombiano.

4. Concurrencia del concurso de méritos y la mínima cuantía como conflicto y trasgresión de principios y solución coherente

4.1. Concurrencia del concurso de méritos y la mínima cuantía como conflicto y trasgresión de principios

Conocida, entonces, la solución más relevante que nivel normativo, doctrinal y jurisprudencial se han planteado a la concurrencia entre el concurso de

méritos y la mínima cuantía, no queda duda que la misma implica un conflicto y una transgresión de principios; por tal, este apartado tiene por objeto develar y analizar qué principios pugnan y cuáles son los trasgredidos. Lo dicho, con la finalidad de poder brindar un sustento jurídico a la respuesta que asiste a la pregunta problemática plantada en el presente trabajo, esto es, justificar por qué no se compadece con los fines y principios de la función administrativa, de la contratación estatal y de los procesos de selección de contratista que por economía procesal se de prevalencia a la mínima cuantía sobre el concurso de méritos.

En desarrollo de lo anterior, es menester precisar que la recomendación de la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- dada en la Circular No 10, devela el principio en que se sustenta la prevalencia de la mínima cuantía sobre el concurso de méritos, a saber, en el principio de economía procesal, toda vez que la misma reporta "(...)un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios", en tanto que "esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales" (Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente, 2014). Sin embargo, como ya se mencionó, dicha Entidad no tuvo consideración otros principios propios de la función administrativa y de la contratación, situación respetable en tanto no es de su competencia dirimir conflictos de principios o conocer de la constitucional de una disposición normativa.

Por lo anterior, es menester precisar que los principios que no tuvo en cuenta la Agencia Nacional de Contratación - Colombia Compra Eficiente-, si se pusieron en cuestión a la Corte Constitucional, según la Sentencia C-004/17. Sin embargo, producto de dicha Sentencia, es que podemos afirmar en el presente trabajo que esos principios en conflicto son el de económica procesal con los principios de eficacia y eficiencia, ya que la Corte al declararse inhibida a resolver el asunto de fondo, devela que a dicha concurrencia asiste un problema jurídico de

fondo. En el mismo sentido, es que puede, en consecuencia, afirmarse que los principios trasgredidos o desconocidos con la vigente solución a la concurrencia, son precisamente el principio de eficacia y eficiencia. Es decir, los principios en mención no solo se ven inmersos en un conflicto, sino que, además, por la solución emitida están siendo violentado, lo que conlleva a exigir a la Corte Constitucional una solución más pacífica y acorde con las instituciones y el análisis que en este trabajo se ha efectuado.

Ahondando en lo dicho, se habla pues de un conflicto, en tanto es evidente que, a la hora de analizar una solución a la concurrencia en cuestión, salta la necesidad de sopesar y ponderar, por un lado, la economía procesal pretendida con la mínima cuantía y, por otro, la eficacia y eficiencia que reporta el concurso de méritos. En sustento de lo anterior, se quiere decir que dichos principios son los salvaguardados o garantizados con el concurso de méritos en el evento de tratarse de un objeto de interventoría, ya que suponer la mínima cuantía implica una violación de estos, que, como posteriormente se explicara, conduce a poner en riesgo la consecución y materialización de los fines del Estado, debido a que se está excluyendo el uso del medio idóneo, necesario y proporcional.

Respecto de lo anterior, se puede esgrimir que el concurso de méritos es el medio idóneo para la escogencia de contratista para los casos en que se trata de un objeto de interventoría, toda vez que dicha modalidad es conducente para lograr la materialización o consecución de los fines del Estado constitucionalmente legítimos; es, además, necesaria tal modalidad, en tanto es el medio menos lesivo de los intereses y derechos de la administración, los proponentes y/o contratistas a la de hora de participar en una modalidad, cuyo fin es determinar el contratista con el conocimiento, experiencia y capacidad para que sea posible ejecutar el objeto de interventoría y es proporcional ya que dicha modalidad no supondrá, en ningún caso, una afectación a la materialización de los fines, sino que por el contrario blinda de seguridad y garantía lo que se pretende mediante la interventoría. Así las cosas, no es ajeno el presente conflicto de principios a un

ejercicio de ponderación, del cual se vale la Corte Constitucional para buscar unidad y coherencia en el sistema jurídico y sobre todo dirimir conflicto de principios, sin embargo, como ya se analizó, la misma prefirió inhibirse de pronunciarse de fondo y hacer un análisis del problema jurídico que asiste a la concurrencia tratada.

Así, explicado el conflicto, es menester hablar, entonces, porqué la solución que rige implica una violación de los principios de eficacia y eficiencia. En consecuencia, se puede decir que viola el principio de eficacia y eficiencia, toda vez que al surtirse la mínima cuantía para escoger el contratista que desarrolle el objeto de interventoría, implica fijarse en el menor precio como factor de escogencia o factor de calificación, quedando, por tanto, relegada la posibilidad de evaluar de forma plena e íntegra y que es quizás el componente más elemental y determinante, la experticia, el conocimiento y la capacidad técnica del proponente, caso para el cual sería, de forma exclusiva dados los criterios de escogencia que implica, el concurso de méritos el medio idóneo, necesario y proporcional para seleccionar en estos casos.

Con base en lo anterior, la Sentencia C-004/17, a pesar de esgrimir una errónea interpretación de los ciudadanos, que pidieron se declarara la inexecutable del apartado 94 de Ley 1474 de 2011, el cual reza “*independiente de su objeto*” y que, en consecuencia, justifica la prevalencia de la mínima cuantía sobre el concurso de méritos, no brinda razón suficiente de ello, en tanto la decisión se apega a modular una interpretación sistemática y a acoger lo dicho por la Agencia Nacional de Contratación, ello sin considerar, como ya se ha expresado, principios de la función administrativa y la contratación. Respecto de la interpretación que efectuó la Corte en la Sentencia citada, cabe resaltar que, si bien la misma expone los motivos de este órgano para justificar la prevalencia en cuestión, a la misma subyace un serie de incógnitas, dado que al expresar que “en el procedimiento de mínima cuantía la capacidad y la experiencia del oferente sí son tomados en consideración, pero no como factores de ponderación, sino como

habilitantes para poder ofertar” (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-004) , es posible preguntarse, ¿dicha Sentencia está contrariando y dejando sin efecto lo dispuesto por el legislador en los numerales 1 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007?; ¿Con dicha Sentencia lo que antes era insubsanable pasa a ser subsanable?. Para explicar lo dicho, es necesario conocer que la Ley 1150 de 2007 establece con claridad en su artículo 5 numeral 1 y 4, que:

(...)

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

(...)

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores (Congreso de la República, 2007).

De lo citado, se debe resaltar, entonces, que es claro que cuando se trata de factores de experiencia los mismos no podrán constituir un criterio de comparación, salvo cuando se tenga el cometido de seleccionar un consultor, caso para el cual tampoco se podrá tomar, en ningún caso, el precio como criterio de comparación de oferta. Sin embargo, con la Sentencia C-004/17, la Corte da entender que cuando se pretenda seleccionar o escoger el contratista para que desarrolle un objeto de interventoría y para ello deba surtirse la mínima cuantía, deberán considerarse los criterios de experiencia y capacidad como habilitantes y el menor precio como comparación. Por lo dicho, queda en evidencia como la Corte contraría y deja sin efectos, mediante una interpretación sistemática, lo que dispone la Ley 1150 de 2007 en su artículo 5 numeral 1 y 4. Por demás y tomando

como base lo anterior, es posible, además, poner de presente que lo que antes era insubsanable, dado que se constituía como criterio de comparación, después de la Sentencia C-004/17 pasa a ser subsanable ya que se considera habilitante, ello en razón de que el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, la cual modifico la Ley 1150 de 2007, dispuso que:

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso (Congreso de la República, 2007).

Queda claro, entonces, a partir de la Sentencia y la norma citada, que los criterios que constituyen la experiencia de un proponente no pueden ser subsanados en el concurso de méritos ya que en dicha modalidad se erigen como criterios de comparación, calificantes o de escogencia, es decir, como criterios que otorgan puntaje. Sin embargo, la Corte en su Sentencia C-004/17 al expresar que prevalece la mínima cuantía sobre el concurso de méritos y, además, al decir que la capacidad y experiencia son habilitantes, permite entonces que estos sean subsanados en el trascurso del proceso de selección. Situación que, en consecuencia, permite preguntarse qué criterio esgrime la Corte para permitir que a unos proponentes, cuyas fortalezas a participar en un proceso son la experiencia, el conocimiento o experticia, se les dé un trato desigual, es decir, que una modalidad se les permita subsanar y en otra modalidad no les sea posible y que, estando en la modalidad de mínima cuantía, queden relegados al criterio de menor precio como factor de escogencia, supuesto que por demás permite concluir que ello no es proporcional.

Por todo lo anterior, se puede concluir, en consecuencia, que la Corte Constitucional desconoce la finalidad del concurso de méritos en nuestro sistema jurídico, toda vez que dicha modalidad, en concurrencia con la mínima cuantía, se torna nugatoria para seleccionar el contratista que desarrolle el objeto interventoría. Además, se puede concluir que la Corte, al declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre dicha concurrencia, dejó un conflicto de principios sin resolver, sin embargo, analizando la razón de la decisión en la Sentencia C-004/17, queda en evidencia que la Corte acoge a la posición de la Agencia Nacional de Contratación- Colombia Compra Eficiente- y, además, modula una interpretación sistemática de la norma, la cual le permite concluir que son ineptas las afirmaciones de que la prevalencia de la mínima cuantía sobre el concurso ponen en riesgo la consecución de los fines del Estado y desconocen los principios de la función administrativa. Posición que, en consecuencia, presenta contradicción con lo dispuesto por el legislador en la Ley 1150 de 2007 y genera incógnitas en el tema de subsanabilidad que permite la ley a los proponentes.

4.2. Solución pacífica

Planteado el problema jurídico que representa la prevalencia de la mínima cuantía sobre el concurso de méritos, es pertinente, por lo tanto, mencionar una solución pacífica, en tanto trabajos académicos como estos buscan precisamente cuestionar el sistema y a su vez proponer una posición diferente. Así las cosas, aunque la solución salta a la vista a partir de todo lo anterior, la misma no solo reafirmaría la función que debería cumplir la Corte Constitucional, sino que, además, refleja un reconocimiento de la finalidad de las instituciones jurídicas en el sistema colombiano. Es decir, si el concurso de méritos está diseñado con la finalidad de seleccionar un contratista teniendo como criterio de selección la capacidad, el conocimiento y la experticia para que este desarrolle un objeto de interventoría, no hay razón mayor para acomodar una interpretación, como la efectuada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-004/17, la cual permita imperar un procedimiento, como la mínima cuantía, que atiende a la finalidad de economía procesal; pues ello es desnaturalizar y desconocer la finalidad de las instituciones jurídicas en el sistema, lo que genera incoherencia e inseguridad jurídica en el sistema jurídico.

En consecuencia, la solución más pacífica es declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “*independiente de su objeto*” del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, bajo el entendido de que la mínima cuantía será prevalente en todos los casos, salvo aquellos cuyo objeto reporte criterios de escogencia basados en la experiencia, el conocimiento y capacidad, es decir, en los eventos cuyo objeto sea la interventoría, caso en el cual prevalecerá el concurso de méritos como modalidad de selección por ser el medio idóneo, necesario y proporcional. En efecto, dicha solución sería la más pacífica, toda vez que dirime el conflicto de principios que subyace a la concurrencia en cuestión y garantiza no solo la eficiencia, eficacia a la administración sino, además, la igualdad a los proponentes, permitiendo así la consecución de los fines del Estado. Finalmente, dicha solución estaría dotando de coherencia el sistema jurídico colombiano,

reconociendo la finalidad de las instituciones de este e iría en concordancia con los dispuesto por el legislador en los numerales 1 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

5. Conclusiones

Estudiadas las modalidades de selección de contratista y la diferencia de estas respecto de las tipologías contractuales, no queda duda que las mismas son el medio del cual se vale la administración para escoger los sujetos contratistas que desarrollen los objetos contractuales, los cuales bien pueden estar consagrados en la Ley 80 del 93, como el de “Obra, Consultoría, Prestación de Servicios, Contrato de Concesión y Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública”, o bien pueden estar previstos en otra norma especial, como la civil o comercial.

Efectuado el estudio de la concurrencia de las modalidades de mínima cuantía y concurso de méritos, es posible afirmar y sustentar que en las mismas subyace un conflicto y violación de principios. A saber, el conflicto de economía procesal que reporta la mínima cuantía y los principios de eficacia y eficiencia que reporta la modalidad del concurso de méritos, además, de la violación del principio de igualdad de los proponentes a desarrollar una interventoría, respecto de cuando se encuentran una modalidad u otra.

De las soluciones dadas, es posible esgrimir respecto de la recomendación dada por la Agencia Nacional de Contratación- Colombia Compra Eficiente- un desconocimiento de los principios propios de la función administrativa, la contratación estatal y los procesos de selección de contratista.

Respecto de la decisión de la Corte Constitucional, dada en la Sentencia C-004/17, se puede concluir que la misma, dado que reporta un apoyo a lo dicho por Colombia Compra y modula una interpretación que permite sustentar la prevalencia de la mínima sobre el concurso, no resuelve el conflicto de principios y

devela, en consecuencia, una contradicción a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y genera confusión respecto del tema subsanabilidad, como derecho que asiste a los proponente en los distintos procesos de selección. Igualmente, es posible concluir que dicha solución implica un desconocimiento de la finalidad del concurso de méritos como institución jurídica con desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal claro dentro del sistema jurídico colombiano, toda vez que siendo el medio más idóneo, necesario y proporcional para seleccionar el contratista que desarrolle un objeto de consultoría e interventoría, se convierte en nugatorio, en tanto entra imperar la mínima cuantía como modalidad de selección, para cuando se esté en presencia de los presupuestos de concurrencia de dichas modalidades.

Es posible concluir finalmente, para dar respuesta a la pregunta problemática planteada en este trabajo, que en ningún caso se compadece la prevalencia de la mínima cuantía sobre el concurso de méritos, toda vez que reporta una real trasgresión de los principios de eficacia y eficiencia y al derecho de igualdad que le asiste a los proponentes que participan en dichos procesos de selección; implicando, en consecuencia, una afectación y obstrucción a la consecución y materialización de los fines del Estado.

Referencias bibliográficas

Agencia Nacional de Contratación Estatal. Colombia Compra Eficiente. (31 de marzo de 2014). *Circular externa n 10*. Diario Oficial n. 49.111 del 2 de abril de 2014. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140331circular10.pdf

Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente. (26 de diciembre de 2019). *Manual de la modalidad de selección mínima cuantía*. Recuperado de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/manual_de_la_modalidad_de_seleccion_de_minima_cuantia.pdf

Colombia. Congreso de Colombia. (1998). *Ley 489*. Diario Oficial No. 43.464. Bogotá: El Congreso.

Colombia. Congreso de la República. (1993). *Ley 80*. Diario Oficial No. 41.094. Bogotá. El Congreso.

Colombia. Congreso de la República. (2007). *Ley 1150*. Diario Oficial No. 46.691. Bogotá: El Congreso.

Colombia. Congreso de la República. (2011). *Ley 1474*. Diario Oficial No. 48.128. Bogotá: El Congreso.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de abril de 2012). *Acción de controversias contractuales. Radicado No52001-23-31-000-2000-00173-01(22167)*. Bogotá: Consejo de Estado. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional No. 116 de 20*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-326/97. Expediente D-1518*. Santa Fe de Bogotá: Corte Constitucional. M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-561/99. Expediente D-2376*. Santa Fé de Bogotá: Corte Constitucional. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-826/13. Expediente D-9623*. Bogotá. Corte Constitucional. M. P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-004/17. Expediente: D-11460*. Bogotá: Corte Constitucional. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Rodríguez, L. R. (2008). El marco constitucional del derecho Administrativo en Colombia. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 8(31), 124-149.

Vallejo, J. (2018). *Modalidades de selección, licitación, concurso de mérito, selección abreviada, mínima cuantía, contratación directa*. Bogotá: Subdirección de Gestión Contractual-Colombia Compra Eficiente.