**IMPORTANCIA, FORMA Y MOMENTO EN QUE SE DEFINE EL PRECIO**[[1]](#footnote-1)

José Luis Sánchez Cardona[[2]](#footnote-2)

**RESUMEN**. El precio en los contratos es asimilado a la remuneración o valor, en la cual los contratantes estipulan la contraprestación que se fijará por la prestación de una de estas, ya sea de dar, hacer o no hacer. De este modo, el precio es determinante en los negocios jurídicos, lo cual no es ajeno al contrato estatal, como se establece en el inciso 1 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En este sentido, el escrito desarrolla la importancia jurídica y práctica del precio, los sistemas de contratación para pactarlo y momento en que se define, de acuerdo a lo desarrollado por el profesor Fabián Marín en su libro –El precio–.

**Introducción**

Pocos trabajos académicos estudian con rigurosidad el precio en el contrato estatal. Uno de estos es el libro *El precio,* escrito por el profesor *Fabián Gonzalo Marín Cortés*, el cual ahonda en su noción y sus consideraciones generales, su importancia jurídica y práctica, su tipología, su forma de pactarlo, el momento en que se define, sus modalidades, su variación, entre otros temas, que implican que no sea sencilla su discusión en la contratación estatal. Este escrito no pretende reseñar el libro –*El precio*- del profesor Marín Cortés. Por el contrario, lo estudiará como una obra jurídica que servirá de base para discutir sobre la importancia de esta cláusula en la contratación estatal moderna. De este modo, este texto desarrolla algunas consideraciones sobre el precio expuestas por Marín Cortés, la importancia jurídica y práctica de esta cláusula, los sistemas de contratación para pactarla y el momento en que se define.

**1. Importancia del precio en el contrato estatal**

El precio tiene una función en la economía, pues se relaciona con dos elementos del mercado como la oferta y la demanda en el intercambio de bienes y servicios. En esta línea, el precio no se considera sólo como una medida de valor de un bien o un servicio, sino que cumple un rol importante, en el sentido de que establece la oferta de estos a aquellas personas que tengan interés en obtenerlos[[3]](#footnote-3).

En el campo jurídico, especialmente en la contratación estatal, el precio cumple un papel trascendental, pues define el proceso de selección, el monto de la disponibilidad presupuestal, el criterio de evaluación, y sirve como base para fijar el monto de la cláusula penal y la multa, entre otras funciones.

***1.1. Precio del contrato como determinante del proceso de selección del contratista***

El precio probable de un contrato estatal es el valor factible o posible de las obras, bienes o servicios que requiere una entidad pública para cumplir los fines de la contratación. Así es que, el precio probable, según Marín Cortés, es el presupuesto oficial[[4]](#footnote-4), es decir, los recursos económicos que dispone la Administración para ejecutar determinado contrato estatal.

El profesor Marín Cortés expone que los oferentes, las entidades públicas, los abogados y los ingenieros discuten si el presupuesto oficial es un dato público o es reservado, hasta el día de la entrega de las ofertas[[5]](#footnote-5). En cuanto a este tema, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.1.1., numeral 4°, prescribe:

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

Se determina que en los contratos a precios unitarios no solo es necesario el presupuesto total, sino que debe contener la forma y los soportes de este; si el contrato está dentro de la modalidad del concurso de méritos no debe publicar las variables del precio del contrato; y si el contrato es de concesión no se publica el modelo financiero que lo estructuró. Sin embargo, es menester interrogarse si es posible publicar la modalidad de precio global o la administración delegada. En este tema, Marín Cortés considera que bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada, la Administración no está en la obligación de desglosar el presupuesto, pues no hay un precepto normativo que lo obligue a revelarlo[[6]](#footnote-6).

No se está de acuerdo con la postura de Marín Cortés, pues más que el principio de la autonomía de la voluntad, la Administración está sometida al principio de publicidad, prescrito en el artículo 209 de la Constitución Política[[7]](#footnote-7). Asimismo, el artículo 74 de la Constitución[[8]](#footnote-8) establece que todas las personas tienen el derecho de acceder a los documentos públicos, salvo los eventos que establezca la ley. Por ejemplo, si una persona solicita que la Entidad publique el contrato con modalidad de precio global, con su respectivo desgloce o con los valores que se desarrollarán, no se establece dentro de la Ley un impedimento para que las personas conozcan dicha información.

La publicidad como principio de la función administrativa[[9]](#footnote-9) prevalece sobre la autonomía de la voluntad privada de la Administración, por lo que será obligatorio que las entidades publiquen el presupuesto, salvo que haya una prohibición legal expresa, es decir, una ley que disponga que este tema es reservado. En otras palabras, el presupuesto al ser un dato público se rige por el principio de publicidad, entendido como la obligación que tienen todas las autoridades y particulares que cumplen funciones públicas de poner en conocimiento de sus destinatarios las actuaciones que realizan, con el fin no solo de que se enteren de su contenido, sino que incluye la posibilidad de controlar a estas.

Por otro lado, el precio o valor estimado del contrato no siempre define el proceso de contratación que debe emplear la entidad, sino que se determina por el objeto del contrato o por las circunstancias que lo justifican. Un ejemplo son los contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, los cuales se contratan directamente, independientes del valor. En este sentido, los contratos que se aplican en la modalidad de contratación directa no se consideran relevante la cuantía del negocio jurídico.

Sin embargo, como lo plantea Marín Cortés, el valor del contrato sí define en muchas ocasiones la modalidad de selección del contratista: i) proceso de licitación pública, o ii) un proceso de selección abreviada de menor cuantía o iii) un contrato de mínima cuantía[[10]](#footnote-10). Así es que el precio del contrato, determinado en el presupuesto oficial, define el proceso de selección del contratista.

Lo problemático del tema según Marín se origina en que los procesos de selección: mínima cuantía, menor cuantía y licitación se efectúan, dependiendo del valor del contrato[[11]](#footnote-11). Por ejemplo, la entidad tiene un presupuesto de 300.000 salarios mínimos legales mensuales, por lo que la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos mensuales legales, esto es, un valor de 448.145.100 pesos. En este sentido, si el presupuesto oficial para ejecutar un contrato es de 448.000.000 y las ofertas están por encima de este valor, es posible que el órgano de control establezca que el proceso de selección debido es la licitación pública. De este modo, el límite para pasar de la mínima cuantía a la menor cuantía o a la licitación es estrecho, cuando los contratos que se celebran están dentro de los límites presupuestales de cada modalidad.

***1.2. El precio como exigencia de certidumbre en la disponibilidad presupuestaria***

El valor estimado de un contrato, expresado en el presupuesto oficial, establece el monto de la disponibilidad presupuestal. Esta tesis se infiere del artículo 25, numeral 6, de la Ley 80, que prescribe: «6. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales». Esta misma idea se establece en el artículo 14.1 de la Ley de Contratos de la Administración Pública de España, que dispone:

«1. Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria octava, y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse, además del precio total en moneda nacional, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate. En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado».

La certidumbre del precio es una condición relevante en el presupuesto, pues fija las obligaciones que tiene el Estado con el contratista. En esta línea, Francisco García Gómez de Mercado precisa que si el precio no es cierto se desequilibra la previsión presupuestaria[[12]](#footnote-12), es decir, sin un estudio adecuado del valor del contrato se afectan los recursos públicos.

No obstante, la certidumbre del precio no implica que sea invariable, es decir, que sea estricto; por el contrario, debe ser un valor estimativo para la ejecución del contrato estatal. Por ejemplo, en el sistema de precios unitarios el precio final se sujeta a lo que efectivamente se ejecutó en la obra, y no al valor que se proyecto inicialmente. Asimismo, Marín Cortés expresa que hay una variabilidad en la disponibilidad presupuestal, por lo que es necesario que se estipule una cláusula de reajuste[[13]](#footnote-13), respaldado en el artículo 25, numeral 13, de la Ley 80, que prescribe: «Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios».

***1.3. El precio como componente de evaluación de las ofertas***

Marín Cortés expresa que las entidades públicas establecen el precio como un criterio de evaluación de la oferta. En este aspecto, la Ley 1150 de 2007 estableció el precio en algunos contratos como factor determinante, como es el caso de los contratos que tienen como objeto la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por las entidades estatales, los cuales son entendidos por el artículo 2, literal a) de esta ley como: «…aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos».

Seguidamente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, establece que el menor precio ofrecido es el único factor de selección en los contratos de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Así es que, el precio se considera como un criterio de evaluación determinante en este tipo de contratos. Sin embargo, en una modalidad como el concurso de méritos son determinantes para su contratación las calidades, competencias profesionales, intelectuales y de organización del contratista, por lo que se prohíbe que el precio sea factor de calificación o evaluación para la escogencia de consultores, de conformidad con el artículo 5, numeral 4, inciso 2, de la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-14).

En una modalidad de selección como la contratación directa, el carácter *intuitu personae[[15]](#footnote-15)* del contratista es determinante, pues se contrata por las calidades y aptitudes de la persona y no por el valor del contrato. Por ejemplo, en causales como los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, se contratará por las aptitudes y el talento de la persona y no por el precio.

En algunas causales de la contratación directa, el precio no es el único factor determinante como: i) cuando no hay pluralidad de oferentes en el mercado, ii) se requiere de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, y iii) los contratos interadministrativos. Así es que, el carácter *intuitu personae* frente a estas causales es igual de determinante que el precio del contrato. De este modo, es necesario que haya una estimación del valor del contrato antes de celebrarse, pues este será un componente importante para negociar con el futuro contratista, y para definir la disponibilidad presupuestal de la entidad.

Marín Cortés resalta que la Ley 1474 de 2011 amplio la lista de contratos, en el que el precio es un factor para adjudicar al contratista[[16]](#footnote-16), de conformidad con el artículo 94, literal c, que prescribe: «c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas».

***1.4. El precio como límite para establecer la cláusula penal y la multa***

Marín Cortés no desarrolla la base para imponer la cláusula penal y la multa, de acuerdo con el precio del contrato estatal. En este sentido, se acude a lo regulado en el Código Civil que expresa que el monto de la cláusula penal no debe exceder el duplo de la obligación principal, es decir, que está cláusula no puede doblar el valor estimado del contrato. De este modo, el artículo 1601 dispone:

«Cláusula Penal Enorme. Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

«La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

«En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.

«En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme».

Este artículo distingue dos casos en los que se aplica la lesión enorme: i) obligaciones con valor determinado, en los que se configura cuando el monto de esta exceda el duplo de la obligación principal, por lo que el acreedor puede solicitar al juez que rebaje la cláusula cuando lo sobrepase; y ii) obligaciones con valor indeterminado, que se deja a la discrecionalidad del juez para moderarla, de acuerdo con las circunstancias del caso.

La cláusula penal en el contrato estatal no puede superar el doble del precio, pues si no se presentaría la lesión enorme. Así es que, el valor estimado del contrato se convierte en la base para limitar el monto de la cláusula penal y por sustracción de materia a la multa. Ahora, es necesario analizar las formas de pactar el precio, con el fin de desarrollar sus características y vicisitudes.

**2. Formas de pactar el precio**

***2.1 Precio Global o alzado***

Marín Cortés expresa que esta forma de pago consiste en que el contratista recibe dinero por el total de la obra, bien o servicio ejecutado en el contrato[[17]](#footnote-17). En el precio global o alzado se tiene en cuenta los gastos y costos que se requieren para ejecutar la actividad contratada, incluyendo la utilidad. En cuanto a esta institución, la Ley 80 no lo definió, pero si el anterior estatuto contractual –Decreto Ley 222 de 1983-que dispuso en el artículo 88 que:

«Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos»

En esta línea, Álvaro Escobar expresa que en esta modalidad se pacta una suma global, en el que se incluye todos los costos, honorarios y utilidades del contrato. Asimismo, la suma que se acuerda es fija, por lo que no es inmodificable, excepto en aquellos eventos, en que se requiere un contrato adicional que cambia el precio pactado[[18]](#footnote-18). Señala además que en un ajuste de precios, se actualiza, más no se presenta un cambio del valor[[19]](#footnote-19). De este modo, poco importan las cantidades de obra en el valor del contrato, pues se comprende que el precio es total.

Así es que, Marín Cortés expone la importancia que tiene un estudio técnico y económico riguroso, al momento de fijar el precio global en el pliego de condiciones[[20]](#footnote-20), pues es el contratista quien asume la responsabilidad por las actividades de ejecución de la obra, como son la vinculación del personal, la suscripción de subcontratos, la obtención de materiales, entre otras. Sin embargo, el Consejo de Estado precisa que este entendimiento no implica que el contratista deba asumir todos los riesgos del contrato a precio global, por eventos que no son imputables a él[[21]](#footnote-21). En tal sentido, la Sección Tercera expresa:

«En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración. Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de ‘precio global’ lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista»[[22]](#footnote-22)

Se asume con esta tesis del Consejo de Estado que el precio global o alzado puede variar, dependiendo de si las circunstancias son imputables al contratista o no. Como ya se ha dicho, las obligaciones que el contratista asume para la ejecución del contrato en el precio global, le corresponden a él. Sin embargo, esta regla tiene una excepción en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que los costos laborales no solo corresponden al contratista, puesto que alcanza a todos los empresarios implicados en una cadena de contratos y subcontratos, por lo que la entidad estatal contratante puede ser responsable solidariamente por las obligaciones, que no se le cumplieron al subcontratista, con la condición de que no sean labores extrañas a las actividades normales de la entidad. Este régimen de responsabilidad establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el Decreto 2351 de 1965, prescribe:

«Artículo 34. Contratistas independientes.

«1) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. *Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.* (Cursiva fuera de texto)

«2) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas».

En el derecho laboral es claro que si la entidad estatal es beneficiaria del trabajo o dueño de la obra, responde solidariamente de las obligaciones de los subcontratistas, si la actividad ejecutada corresponde con las labores de la entidad pública.

***2.2. Precio unitario***

Esta modalidad, a diferencia del precio global, se caracteriza porque el valor se individualiza por cada elemento necesario para la ejecución del contrato estatal. Marín señala que el valor de estos contratos es el resultado de operaciones aritméticas, en las que se multiplica el elemento o ítem por las unidades de obra o servicio que se ejecutarán[[23]](#footnote-23). Se señala que la Ley 80 no reguló esta figura, por lo que se recurre a lo establecido en el artículo 89 del Decreto Ley 222 de 1983, que prescribe:

«Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resultan de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

«El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad por dichos actos»

Esta modalidad de precio se determina por dos elementos: i) valor inicial, que se configura por los ítems o unidades de obra que se proyectaron en el pliego de condiciones, es decir, es el precio probable del contrato; y ii) valor final o valor real, que está definido por las unidades y cantidades de obra finalmente ejecutadas[[24]](#footnote-24).

Estos dos elementos que componen el precio unitario se interrelacionan, pues entre más cerca esté el valor real con respecto del valor inicial, se entenderá que la entidad realizó adecuadamente los estudios previos. Al respecto, el Consejo de Estado ha diferenciado dos conceptos en los precios unitarios: i) mayor cantidad de obra, que se entiende dentro del contrato pero que sobrepaso lo proyectado en el valor inicial; y ii) el contrato adicional, que se comprende cuando las obras a ejecutar son nuevas, es decir, diferentes a las contratadas, pero que son necesarias[[25]](#footnote-25). En tal sentido, cuando hay una mayor cantidad de obra, no implica una modificación del objeto contractual, por lo que no se celebre un contrato adicional, pero si aumentará el valor.

En cuanto a las menores cantidades de obra, se señala que sólo se paga lo que se ejecuta, es decir, es posible que el valor final del contrato en el precio unitario sea inferior a lo que se proyecto en el valor inicial. De este modo, los precios unitarios son una institución versátil, que se acomoda a las necesidades del contrato estatal.

***2.3. Precio por Administración Delegada***

Esta modalidad consiste en que el contratista se obliga a ejecutar un contrato, pero con los recursos económicos, materiales y técnicos de la entidad pública[[26]](#footnote-26). En esta línea, la característica relevante es que las obras contratadas se realizan por cuenta y riesgo de la entidad contratante. El concepto legal de administración delegada se estableció en el artículo 90 del Decreto Ley 222 de 1983, que disponía: «Contratos de administración delegada son aquellos en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los contratos que celebre».

Frente a este tema, Escobar señala que el administrador delegado es una persona natural o jurídica que se obliga a administrar la ejecución de una obra, con la previa delegación de la entidad pública, por lo que recibe una remuneración. Sin embargo, ¿cuál es el precio de la administración delegada? El Consejo de Estado precisa que bajo este tema se paga el costo real de la obra, más un porcentaje por honorarios de administración y de utilidad. En tal sentido, se señala que esta modalidad está compuesto por dos elementos: el costo de las obras y los honorarios del contratista[[27]](#footnote-27).

***3.******Momento definitorio del precio***

El momento en que se define el precio está determinado por los distintos procesos de selección. En este sentido, Marín Cortés[[28]](#footnote-28) señala 4: i) En los contratos que se seleccionan por licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y mínima cuantía, será en la adjudicación; ii) En el caso de la contratación directa, donde la entidad estatal escoge libremente el contratista, se define en la suscripción del contrato; iii) en los contratos que se conforman de manera dinámica, que se regularon en la Ley 1150 de 2007, este momento se estableció en el inciso segundo del numeral 1, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, donde se expresó que la oferta en la licitación pública podrá presentarse total o parcialmente mediante subasta inversa, teniendo en cuenta las condiciones que fije el reglamento. En esta línea, el Decreto 1082 de 2015 reguló la oferta de manera dinámica, mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública[[29]](#footnote-29). Igualmente, Iván Dario Gómez Lee alude a la importancia de la conformación dinámica de la oferta, aduciendo: «…la figura de la conformación dinámica es una contribución positiva a la economía de los presupuestos públicos y a la contratación en mejores condiciones de calidad. Por lo tanto, cada entidad determinará los criterios de selección que considere más convenientes para los respectivos procesos»[[30]](#footnote-30).

Es posible que un factor en la conformación dinámica de la oferta sea el precio, en el que el participante lo puede redefinir, hasta que se conforme el valor definitivo, que se evalúa en los términos que dispuso el pliego de condiciones. Finalmente, el último momento en que se define el precio se conforma en subasta pública o subasta inversa, el cual se regula en la Ley 1150 de 2007, donde no se limitó a aplicar la enajenación de bienes del estado, sino a otros objetos contractuales.

**Bibliografía**

***Doctrina***

ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra descripción, cláusulas, comentarios, críticas. Bogotá: Gustavo Ibañez Ltda, 2000.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*. Tomo I. Granada: Comares, 2004.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Bogotá: Legis. 2012.

MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda. y CEDA, 2012.

REINA, Mauricio; ROZO, Marcela; ZULUAGA, Sandra. El sistema económico. Bogotá: Banco de la República, 2006.

***Jurisprudencia***

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 29 de abril de 1999. Radicado: 14.855.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández. Sentencia del 7 de febrero de 2002. Radicado: 21.845.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: María Elena Giraldo. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicado: 14.292.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 7 de junio de 2007. Radicado: 17.253.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicado: 14.854.

1. Este ensayo hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor-Asesor Richard Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA -que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo-, sino también para beneficio de la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *El precio*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* -CEDA-. [↑](#footnote-ref-2)
3. REINA, Mauricio; ROZO, Marcela y ZULUAGA, Sandra. El sistema económico. Bogotá: Banco de la República, 2006, pp. 31-32 [↑](#footnote-ref-3)
4. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El precio. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y CEDA, 2012, p. 82. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd.,p. 82. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibíd., p. 88. [↑](#footnote-ref-6)
7. «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». [↑](#footnote-ref-7)
8. «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Entre los principios de la función administrativa se encuentra el principio de publicidad, establecido en el artículo 3, del numeral 9 de la Ley 1437 de 2011:

«Artículo 3 . *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

«Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad…

«9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley». [↑](#footnote-ref-9)
10. MARÍN CORTÉS, Op. cit., p. 89. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibíd., p. 93. [↑](#footnote-ref-11)
12. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de contratación y responsabilidad de la Administración. Tomo I. Granada: Comares, 2004, p. 281. [↑](#footnote-ref-12)
13. MARÍN CORTÉS, *Op. cit*., p. 95. [↑](#footnote-ref-13)
14. «De la selección objetiva.Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (…)

«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». [↑](#footnote-ref-14)
15. El Consejo de Estado expresó en la Sentencia con expediente 21.845 de 2002 que el carácter *intuitu personae* de los contratos estatales no simplemente debe considerar las calidades técnicas o personales del contratista, sino también debe constituir tales cualidades como razón determinante para la adjudicación. Se resalta las circunstancias o criterios objetivos que deben estar presentes en el momento de decidir sobre la adjudicación del contrato, por lo que no se tiene en cuenta, en principio, las cualidades personales del contratista (Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández. Sentencia del 7 de febrero de 2002. Radicado: 21.845). [↑](#footnote-ref-15)
16. MARÍN CORTÉS, Op. cit., p. 102. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibíd., p. 136. [↑](#footnote-ref-17)
18. ESCOBAR HENRÍQUEZ, Álvaro. El contrato estatal de obra descripción, cláusulas, comentarios, críticas. Bogotá: Gustavo Ibañez Ltda, 2000, p. 84. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ibíd., p. 85. [↑](#footnote-ref-19)
20. MARÍN CORTÉS, Op. cit., p.141. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicado: 14.854. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 29 de abril de 1999. Radicado: 14.855. [↑](#footnote-ref-22)
23. MARÍN CORTÉS, Op cit., p. 144. [↑](#footnote-ref-23)
24. ESCOBAR HENRÍQUEZ, Op. cit., pp. 96-97. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: María Elena Giraldo. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicado: 14.292. [↑](#footnote-ref-25)
26. MARÍN CORTÉS, Op cit., p. 149. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 7 de junio de 2007. Radicado: 17.253. [↑](#footnote-ref-27)
28. MARÍN CORTÉS, Op cit., pp. 153-172. [↑](#footnote-ref-28)
29. «**Artículo 2.2.1.2.1.1.1.** Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública. Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja.

«En la fecha señalada en los pliegos de condiciones, los oferentes deben presentar los documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la Entidad Estatal. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

«La Entidad Estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello para determinar los oferentes que pueden continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones

«En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los Lances hasta la conformación de la oferta definitiva.

«Se tomara como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta.

«En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.

«La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier Lance efectuar el cálculo automático del menos costo evaluado.

«De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso». [↑](#footnote-ref-29)
30. GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Bogotá: Legis. 2012, p. 144. [↑](#footnote-ref-30)